

Università degli Studi di Verona

Facoltà di Scienze Giuridiche

Corso di Dottorato in Diritto Privato Europeo dei rapporti
patrimoniali civili e commerciali

La tutela stragiudiziale della provenienza geografica nell'interesse del consumatore

Coordinatore:

Chiar.mo Prof.
Tommaso dalla Massara

Tutores:

Chiar.mo Prof.
Giovanni Meruzzi

Chiar.mo Prof.em. Dr.Dr.h.c.mult.
Dieter Henrich

Dottorando:

Giulio Ricciardi

Ciclo XXV

Logo
Ente Finanziatore
(NO UNIVR
LOGO)

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI VERONA

DIPARTIMENTO DI

SCIENZE GIURIDICHE

SCUOLA DI DOTTORATO DI

GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN

DIRITTO PRIVATO EUROPEO DEI RAPPORTI PATRIMONIALI CIVILI E COMMERCIALI

Con il contributo di (ENTE FINANZIATORE)

CICLO /ANNO (1° anno d'Iscrizione) XXV°

TITOLO DELLA TESI DI DOTTORATO

(in italiano) La tutela stragiudiziale della provenienza geografica nell'interesse del consumatore

(nella lingua del paese partner) Irreführende geografische Herkunftsangaben und außergerichtliche Streitbeilegung zugunsten der Verbraucher

REALIZZATA IN COTUTELA CON L'UNIVERSITÀ DI REGENSBURG, GERMANIA

S.S.D. IUS/01

(indicare il settore scientifico disciplinare di riferimento della tesi dato obbligatorio)

Coordinatori: Per l'Università di Verona

Prof. Tommaso dalla Massara

Firma _____

Per l'Università di Regensburg

Prof. Dieter Henrich

Firma _____

Tutori: Per l'Università di Verona

Prof. Giovanni Meruzzi

Firma _____

Per l'Università di Regensburg

Prof. Dieter Henrich

Firma _____

Dottorando: Dott. Giulio Ricciardi

Firma _____

INDICE ABBREVIAZIONI

§	=	Paragraph
AGCM	=	Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
art.	=	articolo
artt.	=	articoli
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	=	Bundesgerichtshof
c.d.	=	così detto
CDC	=	Codice Doganale Comunitario
CDCA	=	Codice Doganale Comunitario Aggiornato
Cass. Civ.	=	Cassazione Civile
Cass. Pen.	=	Cassazione Penale
CE	=	Comunità Europea
CEE	=	Comunità Economica Europea
cfr.	=	confronta
CISG	=	Convenzione sulla Vendita Internazionale di Beni (Convention on Contracts for the International Sale of Goods)
cit.	=	citato
cod. civ.	=	Codice Civile
cod. cons.	=	Codice del Consumo
cod. pen.	=	Codice Penale
cod. proc. civ.	=	Codice di Procedura Civile
COM	=	Commissione
def.	=	Definitivo
Dir.	=	Direttiva
D.L.	=	Decreto Legge
D.Lgs.	=	Decreto Legislativo
D.P.R.	=	Decreto del Presidente della Repubblica
DOC	=	Denominazioni di Origine Controllata
DOCG	=	Denominazioni di Origine Controllata e Garantita
DOP	=	Denominazioni di Origine Protetta
ed.	=	edizione
EG	=	Europäische Gemeinschaft
GG	=	Grundgesetz
GWB	=	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	=	Handelsgesetzbuch
ICQRF	=	Ispettorato centrale della tutela della qualità e repressione delle frodi dei prodotti agroalimentari

IGP	=	Indicazioni Geografiche Protette
KG	=	Kammergericht
L.	=	Legge
lett.	=	lettera
LFGB	=	Lebensmittel- Futtermittelgesetzbuch
MarkenG	=	Markengesetzbuch
n.	=	numero
nn.	=	numeri
nt.	=	nota
OLG	=	Oberlandesgericht
p.	=	pagina
PAC	=	Politica Agricola Comune
par.	=	paragrafo
PEC	=	Posta Elettronica Certificata
provv.	=	provvedimento
Reg.	=	Regolamento
s.	=	seguenti
sent.	=	sentenza
sez.	=	sezione
SS.UU.	=	Sezioni Unite
STG	=	Specialità Tradizionali Garantite
suppl.	=	Supplemento
Suppl. ord.	=	Supplemento ordinario
Tar	=	Tribunale Amministrativo Regionale
TFUE	=	Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea
UE	=	Unione Europea
UWG	=	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vol.	=	Volume
ZPO	=	Zivilprozessordnung
ZR	=	Zivilrechtsurteil

ABBREVIAZIONI DI PERIODICI

Annali it. dir. autore	=	AIDA - Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo
Contr. impr. Eur.	=	Contratto e impresa/ Europa
Dig. civ.	=	Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile
Dir. banca mercato fin.	=	Diritto della banca e del mercato finanziario
Dir. com. e scambi internaz.	=	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
Dir. prat. soc.	=	Diritto e pratica delle società
Dir. turismo	=	Diritto del turismo
Enc. giur.	=	Enciclopedia giuridica Treccani
Eur. dir. priv.	=	Europa e diritto privato
EuZw	=	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Giornale dir. Amm.	=	Giornale di diritto amministrativo
Giur. It.	=	Giurisprudenza Italiana
GRUR	=	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	=	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht internationaler Teil
GRUR-RR	=	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Rechtsprechungs-Report
G.U.	=	Gazzetta Ufficiale
G.U.C.E.	=	Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea
G.U.U.E.	=	Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea
Mass. Foro it.	=	Massimario del Foro Italiano
NJW	=	Neue juristische Wochenschrift
NJW-RR	=	Neue juristische Wochenschrift - Rechtsprechungs-Report
Nuova giur. civ. comm.	=	Nuova giurisprudenza civile commentata (La)
Rass. dir. civ.	=	Rassegna di diritto civile

Riv. crit. dir. priv.	=	Rivista critica del diritto privato
Riv. dir. Alimentare	=	Rivista di diritto alimentare
Riv. dir. civ.	=	Rivista di diritto civile
Riv. trim. dir. proc. civ.	=	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
Tratt. dir. comm. Galgano	=	Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano
WRP	=	Wettbewerb in Recht und Praxis

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
CAPITOLO I	15
L'ORIGINE E L'INFORMAZIONE DEI CONSUMATORI	15
§ I.1 - INTRODUZIONE	15
§ I.2 - IL REBUS NORMATIVO SULL'ATTRIBUZIONE DELL'ORIGINE DEI PRODOTTI ALIMENTARI	17
§ I.3 - IL CODICE DOGANALE COMUNITARIO FRA VECCHIO E NUOVO TESTO	25
§ I.4 - LE INFORMAZIONI AI CONSUMATORI	29
<i>I.4.1 - Il regolamento (UE) n. 1169/2011 e le informazioni sull'origine dei prodotti alimentari.....</i>	<i>30</i>
<i>I.4.2 - Il regolamento (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari</i>	<i>40</i>
CAPITOLO II	51
QUADRO NORMATIVO EUROPEO A FAVORE DEI CONSUMATORI	51
§ II.1 - PREMESSA	51
§ II.2 - LA DIRETTIVA 1999/44/CE SU TALUNI ASPETTI DELLA VENDITA E DELLE GARANZIE DEI BENI DI CONSUMO	52
<i>II.2.1 - Introduzione</i>	<i>52</i>
<i>II.2.2 - I rimedi offerti al consumatore</i>	<i>57</i>

§ II.3 - LA DIRETTIVA 2005/29/CE SULLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI.....	63
<i>II.3.1 - Introduzione</i>	<i>63</i>
<i>II.3.2 - Ambito di applicazione.....</i>	<i>74</i>
<i>II.3.3 - Le pratiche commerciali ingannevoli.....</i>	<i>80</i>
<i>II.3.4 - Le pratiche commerciali in ogni caso sleali.....</i>	<i>86</i>
§ II.4 - LA DIRETTIVA 2009/22/CE RELATIVA A PROVVEDIMENTI INIBITORI A TUTELA DEGLI INTERESSI DEI CONSUMATORI	93
<i>II.4.1 - Introduzione</i>	<i>93</i>
<i>II.4.2 - Ambito applicativo.....</i>	<i>97</i>
<i>II.4.3 - L'azione inibitoria e le Direttive 1999/44/CE e 2005/29/CE.....</i>	<i>105</i>
<i>II.4.4 - L'azione inibitoria promossa dai consumatori.....</i>	<i>109</i>
CAPITOLO III	111
GLI STRUMENTI PECULIARI PREVISTI DAL DIRITTO ITALIANO	111
§ III.1 - INTRODUZIONE.....	111
§ III.2 - BREVI CENNI SULLA TUTELA DEL CONSUMATORE IN RAPPORTO ALLA PROVENIENZA GEOGRAFICA DEI PRODOTTI AGROALIMENTARI	112
§ III.3 - BREVI CENNI SULLA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE	115
<i>III.3.1 - La legittimazione ad agire delle associazioni di consumatori e degli organismi pubblici indipendenti nazionali</i>	<i>115</i>

III.3.2 - <i>La legittimazione ad agire del singolo consumatore</i>	119
III.3.3 - <i>La legittimazione ad agire dell'AGCM</i>	121
§ III.4 - IL RUOLO DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO	122
III.4.1 - <i>Introduzione</i>	122
III.4.2 - <i>Competenza</i>	124
III.4.3 - <i>Tutela del consumatore</i>	124
III.4.4 - <i>La segnalazione</i>	130
III.4.5 - <i>Il procedimento</i>	134
III.4.5.1 <i>La fase pre-istruttoria</i>	134
III.4.5.2 <i>La fase istruttoria</i>	136
§ III.5 - IL RUOLO DELLE CAMERE DI COMMERCIO	149
§ III.6 - MEDIAZIONE E CONCILIAZIONE	155
III.6.1 - <i>Brevi cenni sulla conciliazione stragiudiziale ante riforma</i>	156
III.6.2 - <i>Il nuovo istituto della mediazione civile e commerciale</i>	159
CAPITOLO IV	169
GLI STRUMENTI PECULIARI PREVISTI DAL DIRITTO TEDESCO	169
§ IV.1 - L'ABMAHNUNG	169
IV.1.1 - <i>Introduzione</i>	169
IV.1.2 - <i>Qualificazione giuridica</i>	173
IV.1.3 - <i>Scopo</i>	178
IV.1.4 - <i>Soggetti legittimati</i>	181
IV.1.5 - <i>Effetti</i>	183

<i>IV.1.6 - Proposizione dell'istituto e casi eccezionali</i>	189
<i>IV.1.7 - Contenuto</i>	193
<i>IV.1.8 - Costi</i>	204
<i>IV.1.9 - Abmahnungen ingiustificate</i>	208
<i>IV.1.10 - Abuso del diritto</i>	210
§ IV.2 - ABSCHLUSSSCHREIBEN	211
§ IV.3 - SCHUTZSCHRIFT	212
§ IV.4 - L'UNTERLASSUNG	215
<i>IV.4.1 - Nozioni introduttive</i>	215
§ IV.5 - UNTERLASSUNGSANSPRUCH	221
<i>IV.5.1 - Condizioni necessarie</i>	221
<i>IV.5.2 - Conseguenze giuridiche</i>	224
<i>IV.5.3 - Azione inibitoria preventiva</i>	226
§ IV.6 - BESEITIGUNGSANSPRUCH.....	228
§ IV.7 - UNTERWERFUNGSERKLÄRUNG	230
<i>IV.7.1 - Nozione e natura giuridica</i>	230
<i>IV.7.2 - Unterlassungsanspruch</i>	235
CONCLUSIONI	237
§ V.1 - SUGLI STRUMENTI STRAGIUDIZIALI A FAVORE DEI CONSUMATORI NEL CONTRASTO ALLE PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI RIGUARDANTI L'ORIGINE DEI PRODOTTI AGRO-ALIMENTARI	237
§ V.2 - SULL'ISTITUTO TEDESCO DELL' <i>ABMAHNUNG</i> E DELLA ANNESSA <i>STRAFBeweHRTE</i> <i>UNTERLASSUNGserklÄRUNG</i>	247

ZUSAMMENFASSUNG.....261

BIBLIOGRAFIA.....311

Introduzione

Il presente lavoro trae origine dalla volontà di porre in risalto le differenze ad oggi esistenti fra l'ordinamento italiano, da un lato, e quello tedesco, dall'altro, tenuto conto del quadro di riferimento comune dettato dalle norme europee finalizzate a disciplinare e garantire il corretto funzionamento del mercato interno.

In particolare, il presente elaborato ha come obiettivo ultimo quello di verificare la compatibilità di uno dei rimedi di carattere stragiudiziale offerto dal legislatore tedesco, ovvero l'istituto dell'*Abmahnung* con annessa *Unterlassungserklärung*, previsto anche in materia di protezione del consumatore, con il sistema di tutele italiano.

Al fine di prospettarne l'efficacia e l'applicazione si farà riferimento, come caso emblematico, al fenomeno delle pratiche commerciali sleali, in particolare all'uso delle indicazioni geografiche fallaci, o comunque non veritiere, in ambito agroalimentare.

Entrambi gli ordinamenti hanno dato attuazione alla c.d. Direttiva sulle pratiche commerciali sleali, introducendo norme che sostanzialmente ricalcano il testo normativo europeo.

Da un lato, inserendole all'interno del Codice del Consumo¹ - in particolare, ai fini della ricerca intrapresa, assume rilevanza l'art. 21, primo comma, lett. b) -, dall'altro prevedendole all'interno del § 5, primo comma, n. 1, UWG².

¹ D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni.

² L'acronimo indica la legge tedesca contro la concorrenza sleale.

In presenza di una seppur identica previsione normativa circa le azioni considerate ingannevoli, la tutela effettivamente accordata appare molto diversa fra i due ordinamenti, risultando nella disciplina tedesca molto più forte ed estesa, e in grado di sanzionare condotte che nel nostro ordinamento non trovano una loro chiara previsione normativa di contrasto.

Se in entrambi gli ordinamenti è indiscussa la protezione che godono i marchi, le indicazioni geografiche e le denominazioni di origine registrate, e le norme applicabili in caso di violazioni dei diritti ad esse afferenti sono certe, sia per quel che concerne i concorrenti, sia per quel che riguarda i consumatori ingannati, in Italia non è altrettanto definita la tutela offerta contro l'uso di altri segni, comunque idonei ad ingenerare confusione fra i consumatori, come quelli che si inseriscono in quel fenomeno che potremmo definire di '*packaging* malizioso', che sono sì contemplati a livello normativo, ma la cui qualificazione non è del tutto definita, né le violazioni facilmente perseguibili.

Ad oggi, infatti, sono presenti varie interpretazioni, tanto dottrinali, quanto giurisprudenziali, del concetto di provenienza geografica, intesa come origine sia geografica che commerciale.

Tali interpretazioni sono dettate soprattutto dal vasto quadro normativo esistente e dal continuo susseguirsi di norme introdotte nel tentativo di aumentare la tutela del prodotto di origine nazionale, fermo restando quanto previsto dal Regolamento (UE) n. 1151/2012 del Parlamento e del Consiglio del 21 novembre 2012, che ha in parte modificato e in parte

sostituito la precedente normativa prevista a protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, nonché delle specialità tipiche garantite³.

³ Sul punto F.ALBISINNI, *La sicurezza alimentare veicolo di innovazione istituzionale*, in *Riv. Dir. Alimentare*, n. 4, 2009, p. 6, che precisa come l'innovazione, tanto disciplinare quanto istituzionale, sia un tema centrale del confronto di questi anni sulle linee evolutive dell'ordinamento, sia nazionale che europeo. L'autore sottolinea come in questa materia il rapporto tra l'innovazione tecnologica e l'innovazione giuridica costituisca da tempo un nucleo centrale e qualificante, che spinge a declinare all'interno di questa relazione di stretta dipendenza la lettura degli istituti giuridici progressivamente introdotti nei vari ordinamenti, tanto nazionali quanto sovranazionali. Egli afferma, in maniera assolutamente condivisibile, come «queste generali dinamiche assumono contenuti peculiari ove riferite alle più recenti vicende della costruzione del diritto alimentare europeo, con il rapido passaggio da una legislazione alimentare (intesa come giustapposizione di innumerevoli precetti minuti, in larga misura riducibili a profili sanzionatori e prescrittivi) ad un diritto alimentare sistematicamente orientato ed articolato», sottolineando poi come «la tendenza ad espandere in altre aree disciplinari le innovazioni originariamente introdotte per rispondere a domande di nuova regolazione emerse nell'ambito dei temi propri della sicurezza alimentare, tendenza in ragione della quale sembra doveroso riconoscere a questa area di esperienza giuridica il carattere di veicolo di innovazione istituzionale. Dalla tracciabilità alla precauzione, dall'origine di area vasta al nuovo sistema dei controlli con affidamento di compiti pubblicistici ad organismi di matrice privatistica, dall'introduzione di nuovi modelli di responsabilità all'attribuzione di nuovi poteri di intervento transnazionale, l'elemento che connota il diritto alimentare degli ultimi due decenni è

Se appare quindi chiaro quali siano le pratiche ingannevoli e le condotte punite in materia di marchi, di indicazioni geografiche e denominazioni di origine protette e quali siano gli strumenti a favore dei concorrenti, non è invero definito quale sia il limite per le pratiche sleali che non violino direttamente i diritti acquisiti mediante registrazione, ma che siano comunque ingannevoli ed idonee a ledere i diritti dei consumatori, ingenerando confusione sul mercato⁴.

proprio quello della continua innovazione, della *Rechtsreform in Permanenz* – come hanno scritto, in altro ambito disciplinare, alcuni studiosi tedeschi». Qui l'autore si riferisce a quanto affermato da U.NOACK–D.A.ZETZSCHE, *Corporate Governance Reform in Germany: The Second Decade*, in *Center for Business & Corporate Law (CBC) Research Paper*, Series No. 0010, Düsseldorf, giugno 2005, in tema di diritto societario.

⁴ In tal senso L.COSTATO, *Dai prodotti agricoli primari ai consumatori: i percorsi della storia*, in *Riv. Dir. Alimentare*, n. 3, 2013, p. 10, evidenzia come «questi attacchi, che derivano anche dalla estrema difficoltà di difendere per vie legali nomi che non riescono a essere riconosciuti come tipici, (preferendosi, ovviamente da chi è interessato, considerarli ormai generici) richiedono risposte che puntino sulla genuinità del *Made in Italy*». Prospettando una possibile soluzione, nel quadro delle regole attualmente vigenti, afferma che «tutto ciò richiede che le imprese agricole [...] si riuniscano in un sistema a rete che consenta di creare disciplinari comuni e rispettati, sistemi di controlli efficaci, e depositi di marchi che, anche se fondati su nomi ormai divenuti – o stimati – generici, acquisiscano tutelabilità attraverso lo sfruttamento della locuzione *Made in Italy* come parte del marchio stesso. Si vuol dire, cioè, che non esistono solo DOP e IGP per far unire gli sforzi dei produttori al fine di ottenere prodotti ben accettati al mercato; poiché una chiave di accesso

Strumentale appare quindi il confronto fra le soluzioni adottate dai due ordinamenti, italiano e tedesco, sia dal punto di vista della definizione di ‘provenienza geografica’, sia rispetto agli strumenti offerti a tutela dei consumatori di fronte all’utilizzo di segni distintivi connessi ad una provenienza geografica non corrispondente a quella effettiva del prodotto.

Molto interessanti nell’ordinamento tedesco sono le norme di riferimento che risultano dal combinato del § 11, primo comma, n. 1, LFGB⁵ e dei §§ 126 – 127 MarkenG.

Quest’ultimi vietano l’apposizione di simboli o segni che possano ingenerare confusione tra i consumatori, ancorché il legame tra origine del prodotto ed il prodotto stesso si sia, per così dire, ‘affievolito’ e non indichi, o non implichi più nel

a quest’ultimo è, sicuramente, l’evidenziare l’origine italiana, sarebbe necessario che alcuni cibi significativamente importanti e nello stesso tempo producibili su scala sufficiente fossero la base sulla quale costruire un marchio privato, di proprietà del consorzio, cooperativa o altro soggetto collettivo partecipato dai produttori, che portasse un nome abbastanza evocativo e che contenesse in sé anche la locuzione *Made in Italy*, corroborato da un disciplinare che garantisse questa origine e la stabilità del prodotto ottenuto. In questo modo si potrebbe, auspicabilmente, pur con investimenti non trascurabili, raggiungere i mercati mondiali con buone probabilità di successo, specie sui concorrenti che, in modo non appropriato, utilizzano nomi italiani per prodotti ottenuti altrove».

Questo ultimo fenomeno, ovvero l’utilizzo di nomi che evochino un’italianità dei prodotti senza che vi sia una reale connessione o legittimazione a farlo, si riferisce a quei prodotti contenti elementi tali da caratterizzarli come ‘*Italian sounding*’.

⁵ Tale acronimo indica il Codice dei prodotti alimentari e nutrizionali.

sentito comune, una reale connessione con l'indicazione geografica richiamata, ma piuttosto un metodo di lavorazione o un'origine 'anche se lontana nel tempo'⁶.

La *ratio* è rinvenibile nel persistere di un collegamento semantico ad una provenienza geografica diversa da quella effettiva⁷.

⁶ Il Codice dei Marchi tedesco al § 126 stabilisce infatti che: «Geographische Herkunftsangaben im Sinne dieses Gesetzes sind die Namen von Orten, Gegenden, Gebieten oder Ländern sowie sonstige Angaben oder Zeichen, die im geschäftlichen Verkehr zur Kennzeichnung der geographischen Herkunft von Waren oder Dienstleistungen benutzt werden.

Dem Schutz als geographische Herkunftsangaben sind solche Namen, Angaben oder Zeichen im Sinne des Absatzes 1 nicht zugänglich, bei denen es sich um Gattungsbezeichnungen handelt. Als Gattungsbezeichnungen sind solche Bezeichnungen anzusehen, die zwar eine Angabe über die geographische Herkunft im Sinne des Absatzes 1 enthalten oder von einer solchen Angabe abgeleitet sind, die jedoch ihre ursprüngliche Bedeutung verloren haben und als Namen von Waren oder Dienstleistungen oder als Bezeichnungen oder Angaben der Art, der Beschaffenheit, der Sorte oder sonstiger Eigenschaften oder Merkmale von Waren oder Dienstleistungen dienen».

⁷ L'unica pronuncia in cui l'elemento 'semantico' abbia assunto valore risulta essere la sentenza del Tar del Lazio, n. 6650, 25 maggio 2005, nel caso avente ad oggetto la c.d. 'salamella calabrese piccante'. Il ricorso al Tar, a conferma di quanto sopra sostenuto, era conseguenza di un'archiviazione da parte dell'Autorità Garante che aveva rifiutato la tutela agli istanti, non ritenendo ingannevole l'uso dell'aggettivo 'calabrese' per un prodotto realizzato nel Lazio, essendo comunque correttamente indicato l'effettivo luogo di produzione.

Sotto quest'ultimo aspetto, l'ordinamento tedesco prevede in maniera più precisa il divieto di utilizzare qualunque richiamo a origini del prodotto, nonché a metodi di lavorazione, che possano ingenerare confusione nei consumatori per il richiamo ad un paese 'rinomato'⁸.

La ragione è che l'associazione ad un paese 'rinomato', anche quando l'effettiva relazione fra la provenienza ed il prodotto stesso sia ormai affievolita o solo semanticamente esistente, è idonea di per sé ad ingenerare un'aspettativa qualitativa tale da spingere il consumatore medio all'acquisto e quindi, in sostanza, concretizza una pratica ingannevole⁹.

⁸ Il § 127 MarkenG al terzo comma prevede infatti che: «Genießt eine geographische Herkunftsangabe einen besonderen Ruf, so darf sie im geschäftlichen Verkehr für Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft auch dann nicht benutzt werden, wenn eine Gefahr der Irreführung über die geographische Herkunft nicht besteht, sofern die Benutzung für Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft geeignet ist, den Ruf der geographischen Herkunftsangabe oder ihre Unterscheidungskraft ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise auszunutzen oder zu beeinträchtigen».

⁹ In tal ambito, a livello giurisprudenziale, evidenzio qui, *ex plurimis*, due sentenze del Giudice tedesco note come «*Ungarische Salami I*» (BGH, *Urteil*, 10 aprile 1981 – I ZR 162/79 in GRUR, 1981, p. 666 s.) e «*Ungarische Salami II*» (BGH, *Urteil*, 24 giugno 1982 – I ZR 108/80 in GRUR, 1982, p. 685 s.), che sono state le prime in tal ambito. Entrambe hanno sanzionato l'uso di quei simboli che possono ingenerare la convinzione che un prodotto provenga da un paese 'a rinomata tradizione culinaria'. Nello specifico, un'impresa tedesca produceva un salame 'tipo ungherese' ponendo nel marchio, peraltro già da tempo utilizzato, un tricolore che richiamava una bandiera, come si legge nella sentenza nota come «*Ungarische Salami II*»,

In Italia questo tipo di condotta, in mancanza di una norma univoca come quella presente nell'ordinamento tedesco, non sempre viene punita, benché di recente il Legislatore abbia nuovamente tentato di risolvere il problema interpretativo sorto più volte negli anni – e mai del tutto sanato in maniera efficace – introducendo, con l'art. 16 del D.L. 135/2009, significative modifiche, meritevoli di approfondimento, alla disciplina precedente fra le quali la c.d. 'Legge sulla filiera', ovvero la L. 3 febbraio 2011, n. 4, contenente disposizioni in materia di etichettatura e di qualità dei prodotti alimentari, e il cui contenuto, in estrema sintesi, concerne l'indicazione in etichetta dell'origine di tutti gli ingredienti impiegati nella preparazione degli alimenti¹⁰.

Da ultimo è stato introdotto il recentissimo Decreto 14 ottobre 2013, ovvero Disposizioni nazionali per l'attuazione del regolamento (UE) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari in materia di DOP, IGP e STG¹¹.

Infine, per quel che concerne l'analisi degli strumenti offerti ai consumatori nel regime italiano, non si rinviene la

simile a quella italiana o ungherese. Il Ministero ungherese perciò si oppose, con successo, all'uso del tricolore.

Da segnalare che le sentenze richiamate vengono citate in altre conformi e non concernenti il campo alimentare.

¹⁰ Per un commento si veda C.GIACOMINI, *L'etichettatura made in Italy dei prodotti alimentari: uno strumento a sostegno di strategie competitive per il mercato*, in *Agriregionieuropa*, n. 25, 2011, p. 39 s.

¹¹ Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 251 del 25 ottobre 2013.

previsione di strumenti stragiudiziali specifici che permettano ai consumatori, né *uti singuli*¹², né attraverso le associazioni di categoria, di vietare una pratica sleale, senza doversi avvalere imprescindibilmente dell'intervento esterno di un giudice terzo, sia esso il Tribunale, l'Autorità Garante o il Conciliatore.

Nel sistema tedesco questa possibilità per le associazioni di categoria è presente e di fatto, anche per la previsione di una norma che permette l'immediata esigibilità delle spese legali sostenute¹³, è molto utilizzata ed efficace.

Nell'ottica del presente studio verranno presi in considerazione gli istituti di diritto tedesco appena menzionati, con riferimento principalmente alle associazioni di consumatori riconosciute.

Esse infatti, *ex* § 8, quarto comma, UWG sono legittimate ad agire e inoltre, *ex* § 12, primo comma, UWG dovrebbero preferibilmente contestare direttamente ai trasgressori eventuali o presunte violazioni, diffidandoli, con aggravio delle spese legali sostenute, dal proseguire nelle pratiche considerate scorrette o ingannevoli. Tale legittimazione è riconosciuta anche alle associazioni straniere

¹² Evidenzia questo aspetto anche G.DE CRISTOFARO, *I contratti del consumo alimentare*, in *Riv. Dir. Alimentare*, n. 2, 2008, p. 40 s.

¹³ Il riferimento è al § 12 UWG, primo comma, secondo periodo, in cui si legge: «Soweit die Abmahnung berechtigt ist, kann der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangt werden».

che posseggano i requisiti richiesti, ovvero l'iscrizione in un apposito registro¹⁴.

In particolare, e di questo non si trovano riscontri in Italia, le associazioni, contestualmente alla diffida (la c.d. *Abmahnung*), possono richiedere la stipula di un accordo di astensione (la c.d. *strafbewehrte Unterlassungserklärung*), che consiste in una dichiarazione di astensione avente ad oggetto l'impegno a non mettere più in atto comportamenti pregiudizievoli dei diritti altrui o di non compiere in futuro altre violazioni e, in caso contrario, di corrispondere alla controparte, a titolo di penale, una determinata somma, nello specifico a favore dell'associazione stessa.

Inoltre esse possono pretendere il pagamento delle spese legali sostenute per la contestazione effettuata¹⁵, naturalmente solo ove queste pretese siano fondate, e questo a prescindere dall'insorgere o meno di una controversia giudiziale, salvo il risarcimento del danno eventualmente riconosciuto in seguito.

¹⁴ Per riferimenti giurisprudenziali ed un commento approfondito sul punto si veda L.LEHMLER, *UWG – Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, Neuwied, 2007, p. 412 s.

¹⁵ Sul punto in dottrina vi sono tesi discordanti riguardo il riconoscimento delle spese sostenute, soprattutto tenuto conto di chi sia il soggetto attivo, ovvero se sia un concorrente che si deve avvalere di un avvocato, un'azienda che abbia un proprio dipartimento legale e quindi non necessiti di una consulenza esterna, oppure si tratti di un'associazione specializzata e quindi esperta in materia. Nei paragrafi successivi si tornerà più dettagliatamente su tali aspetti.

Anche per questo motivo, ovvero la gratuità del rimedio, tale istituto trova largo utilizzo nella pratica e, quindi, un approfondimento circa la sua possibile configurabilità nell'ordinamento italiano appare interessante, tanto più alla luce dei dati che annualmente vengono diffusi da vari organismi internazionali circa la durata, o forse sarebbe più opportuno parlare della lentezza, del processo civile in Italia.

La possibilità di introdurre uno strumento stragiudiziale adeguato, che permetta un ruolo attivo dei consumatori nel contrasto alle pratiche sleali e ingannevoli, oltre a garantire un controllo maggiore ed una reazione più rapida, essenziale in ambito commerciale, potrebbe contribuire in maniera rilevante a sgravare un sistema giudiziario già in difficoltà, tanto da essere ripetutamente condannato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo per la lunghezza irragionevole dei processi.

Per un paese che primeggia come qualità e quantità di prodotti in Europa ¹⁶, e tanto danneggiato da un fenomeno

¹⁶ In tal senso, oltre ai dati ufficiali presenti sul sito del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, rinvenibile all'indirizzo <http://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/2090>, contenente l'elenco delle 257 denominazioni italiane, iscritte nel Registro europeo delle denominazioni (aggiornato all'8 novembre 2013), basti qui ricordare l'elenco delle denominazioni dei 4500 prodotti agroalimentari italiani, tipici e/o tradizionali, riportati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, n. 154, del 5 luglio 2010, *suppl. ord.*, di cui appunto soltanto 257 sono stati finora registrati in sede europea come Dop, Igp o Stg. Sul punto, con dati dell'epoca, si è espresso anche M.CECI, *Competitività del sistema agro-alimentare italiano attraverso la qualità*, in *Riv. Dir. Alimentare*, n. 2, 2008, p. 22, affermando che «L'Italia ha circa 250

massiccio ed in costante crescita, consistente nell'apposizione di segni o richiami che inducono i consumatori ad attribuire una presunta italianità ad una vasta gamma di prodotti, non solo alimentari, approfittando dell'attrattività e della qualità associata nel tempo al nostro sistema produttivo, fenomeno anche noto come '*italian sounding*', capace di generare un danno consistente all'economia nazionale, appare utile la ricerca di soluzioni in grado di contrastare in tempi brevi e con efficacia tali pratiche ingannevoli¹⁷.

Per tutti questi motivi, e senza pretesa alcuna di giungere ad una soluzione davvero soddisfacente, vista da una parte la complessità del tema e i ripetuti interventi in materia, e dall'altra la qualità e la quantità dei tentativi già esperiti dalla dottrina, dalla giurisprudenza, e naturalmente dal legislatore, nasce la volontà di approfondire un istituto giuridico del sistema tedesco non privo di problematiche, ma indubbiamente in molti casi efficace in quanto rapido, gratuito ed efficace.

Va premesso infine che, al fine di privilegiare l'analisi della disciplina maggiormente rilevante ai fini del presente elaborato, non verranno approfondite in questa sede né la direttiva 2013/11/UE del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, né il

prodotti DOP e IGP riconosciuti (è il Paese UE che ne ha di più), oltre 3000 prodotti del territorio riconosciuti, una vasta gamma di vini DOC e DOCG ed altre distintività che sono frutto della cultura, della tradizione, del saper fare italiano».

¹⁷ Per una seppur succinta spiegazione del fenomeno si rimanda all'ultimo capoverso della nt. 4, p. 4, *supra*.

regolamento (UE), n. 524/2013 del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori.

CAPITOLO I

L'ORIGINE E L'INFORMAZIONE DEI CONSUMATORI

§ I.1 - Introduzione

Seppur di uso quotidiano e diffuso, molto spesso il termine 'origine', riferito ai prodotti alimentari, viene confuso o altresì fatto coincidere con altri concetti, molto più specifici, come 'provenienza geografica' e 'denominazione d'origine'.

Per quanto fra questi concetti sia indiscutibile un collegamento, oggettivamente legato alla provenienza da determinati ambiti geografici o anche solo semantico, è bene chiarire fin da subito l'enorme differenza, sia sul piano concettuale, che su quello sostanziale, che comporta il corretto uso di questi termini.

Preliminarmente appare dunque opportuno, prima di approfondire la disciplina normativa, manifestare con due semplici esempi chiarificatori la distanza fra i termini sopra appena richiamati.

Gli esempi, visto l'oggetto di questa ricerca, verranno riferiti a prodotti agroalimentari.

Il Prosciutto di Parma e il pane di Altamura sono tutelati in quanto prodotti a denominazione di origine protetta, ed entrambi sono di origine italiana¹⁸.

Il pomodoro di Pachino è tutelato in quanto prodotto a indicazione geografica protetta, ed è anch'esso di origine italiana¹⁹.

Un panino farcito con Prosciutto di Parma e pomodoro di Pachino, realizzato con pane di Altamura, ma confezionato in Germania, è un prodotto tedesco, ovvero l'origine del prodotto è la Germania²⁰, e al suo interno si trovano ingredienti degni di particolare tutela in quanto appartenenti alla categoria dei prodotti a denominazione di origine protetta²¹.

Ancora più incisivo può essere l'esempio della frutta.

In una macedonia di frutta, infatti, l'origine della frutta in essa contenuta non incide sull'origine della macedonia

¹⁸ Per l'attribuzione dell'origine, in questo caso, si applica il l'art. 36, secondo comma, del c.d. Codice Doganale Comunitario Aggiornato, ovvero il Reg. (CE) 450/2008, in vigore dal 24 giugno 2008.

¹⁹ L'attribuzione dell'origine, in questo caso, si determina in base al primo comma dell'art. 36 del Reg. (CE) 450/2008.

²⁰ Anche in questo caso, trattandosi di bene trasformato, l'origine si determina *ex art.* 36, secondo comma, del citato Reg. (CE) 450/2008.

²¹ L'esempio vuole solo essere un primo spunto per inquadrare la differenza di fondo fra i termini esaminati. In realtà la questione del Prosciutto di Parma, e del suo impiego una volta affettato, è più complessa, essendo tale pratica disciplinata da normativa specifica, ovvero dalla L. 13 febbraio 1990, n. 26, art. 1, ed essendo stata oggetto di una controversia sulla quale si è espressa la Corte di Giustizia Europea, con la sentenza del 20 maggio 2003, causa C-108/01, che qui non appare utile approfondire oltre.

stessa, ove la lavorazione sia stata effettuata in un luogo diverso da quello della raccolta, poiché si tratta di una trasformazione sostanziale del prodotto, ed è pertanto disciplinata dall'art. 36 del c.d. Codice Doganale Comunitario Aggiornato²².

In conclusione, anche se spesso l'origine di un prodotto coincide con le indicazioni geografiche o le denominazioni di origine dello stesso, questo non sempre è vero, e fra queste non c'è un rapporto di dipendenza, né di specificità.

§ I.2 - Il rebus normativo sull'attribuzione dell'origine dei prodotti alimentari

Il termine origine è da tempo collegato alla qualità dei prodotti alimentari, anche se i due termini sono rimasti a lungo non del tutto definiti e, spesso, il loro significato, sotto il profilo giuridico, non è stato univoco.

A ben vedere, per ciò che concerne l'origine dei prodotti alimentari, dottrina e giurisprudenza non sono sin qui pervenute a risultati condivisi, e questo non è stato solo un

²² In tal senso si è espressa la Suprema Corte, sez. III, con la sent. 12 luglio 2007, n. 27250, in *Guida al Diritto*, 2007, n. 38, p. 83, che, in un giudizio per frode in commercio *ex art. 517 cod. pen.*, ha stabilito, nel caso di confezioni di macedonia di frutta, e più in generale di «prodotti vegetali che non siano commercializzati così come sono stati raccolti», che il paese di origine va individuato in riferimento al luogo di lavorazione e non a quello di raccolta della frutta.

problema nazionale, avendo interessato anche paesi con una lunga tradizione in tema di prodotti legati al territorio²³.

L'art. 517 del codice penale italiano, in materia di contraffazione, ed esempio, è stato oggetto di risalenti dispute interpretative, in quanto considera unitariamente come oggetto di protezione «origine, provenienza e qualità dell'opera o del prodotto», senza specificare i contenuti da attribuire all'uno ed all'altro termine²⁴.

Stesso discorso vale anche, sempre in materia di illeciti, per l'art. 516 cod. pen.²⁵, così come per l'art. 515 cod. pen.²⁶.

In questo quadro di incertezza è intervenuto, da ultimo, il D.Lgs. n. 507 del 2009, che ha introdotto l'art. 517 *bis* cod. pen., prevedendo una circostanza aggravante qualora i fatti di cui agli articoli 515, 516 e 517 del codice penale sopra ricordati siano riferiti ad alimenti o bevande protette da norme particolari in virtù di una maggiore tutela derivante da

²³ Si pensi alla Francia, in cui una panoramica del problema viene affrontata da J.P.BRANLARD, *La reconnaissance et la protection par le Droit des mentions d'origine géographique comme élément de qualité des produits alimentaires*, in *Revue de droit rural*, 1995, p. 409.

²⁴ F.ALBISINNI, *Il made in Italy dei prodotti alimentari e gli incerti tentativi del legislatore italiano*, in *Agriregionieuropa*, n. 25, 2011, p. 43.

²⁵ L'articolo in parola punisce la vendita e la messa in commercio di sostanze alimentari non genuine, senza specificare i criteri con cui intendere la genuinità di un alimento, né se si debba tener conto anche dell'origine di detto alimento.

²⁶ La norma sanziona una fattispecie i cui presupposti, in riferimento all'origine o alla provenienza dichiarata o pattuita, non sono precisati sul piano dei contenuti.

denominazione di origine o indicazione geografica, o altra specificità.

Conformemente, tutta la speciale disciplina a tutela dei prodotti DOP e IGP, introdotta dal D.Lgs. n. 297/2004, e successive modificazioni, ha previsto sanzioni particolari in caso di mancato rispetto delle prescrizioni di origine fissate dai singoli disciplinari di produzione²⁷.

Da ultimo, e più in generale, gli artt. 517, 517-ter, 517-quater, 517-quinquies cod. pen., nel testo modificato ed integrato dalla Legge n. 99 del 23 luglio 2009, prevedono sanzioni, in caso di violazioni o contraffazioni di indicazioni geografiche e denominazioni di origine, che hanno concorso a moltiplicare le discipline, e quindi i contenuti, assegnati all'origine dei prodotti alimentari, in ragione delle specifiche regole di ciascun disciplinare, non trasferibili perciò stesso alla generalità dei prodotti alimentari.

Anche in Francia, paese molto attento ai temi legati alla tipicità, alla provenienza territoriale e all'identità dei prodotti

²⁷ In particolare l'art. 1, primo comma, lett. a), n. 3), stabilisce che «salva l'applicazione delle norme penali vigenti, chiunque impiega commercialmente in maniera diretta o indiretta una denominazione protetta, intendendo per tale una denominazione di origine o una indicazione geografica [...] o il segno distintivo o il marchio, registrati ai sensi del citato regolamento, è sottoposto alle sanzioni amministrative di seguito individuate: a) per prodotti comparabili, in quanto appartenenti allo stesso tipo, non aventi diritto a tale denominazione a causa: [...] 3) dell'accertata violazione della disciplina di produzione è sottoposto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro duemila ad euro tredicimila».

alimentari, il termine origine è tuttora privo di contenuti giuridici uniformi, tanto che l'incertezza in argomento, denunciata già oltre sessanta anni fa dal fondatore dell'*Institut National de l'Origine et de la Qualité*, ha indotto alcuni studiosi francesi a parlare di 'mistero dell'origine'²⁸, con ciò sottolineando come la parola sia ambigua, e l'origine di un alimento non sia necessariamente riducibile alla provenienza geografica di quest'ultimo.

Su questo torneremo in seguito in maniera più approfondita, ma basti pensare in via preliminare a quanto introdotto dal c.d. Codice Doganale Comunitario in materia di prodotti trasformati in due o più paesi.

Alla luce di quanto sopra esposto, la posizione di chi ha proposto l'adozione di una definita distinzione semantica fra i termini origine e provenienza appare, in estrema sintesi, più uno speranzoso tentativo che un'effettiva constatazione della realtà attuale. Il tentativo di attribuire al termine 'origine' l'indicazione di un legame di causalità fra l'origine e le qualità del prodotto, e a 'provenienza' la semplice indicazione del luogo geografico da cui questo proviene, al di là delle peculiari caratteristiche in ragione di tale provenienza, non trova infatti riscontri normativi sufficienti a supportare tale ipotesi²⁹.

La stessa normativa comunitaria, più volte intervenuta su questo tema cruciale per la regolamentazione degli scambi, è

²⁸ J.P.BRANLARD, *La reconnaissance*, cit., 1995, p. 409.

²⁹ Così F.ALBISINNI, *Il made in Italy*, cit., p. 43.

stata per lungo tempo connotata dalla coesistenza di una pluralità di criteri, tra loro non omogenei³⁰.

Invero, nel corso degli ultimi anni sono stati molteplici gli interventi innovativi in materia di etichettatura dei prodotti alimentari, fra i quali assume particolare rilievo quello relativo alle denominazioni di vendita.

³⁰ Così, ad esempio, la Dir. 79/112/CEE del 1978, in materia di etichettatura e presentazione dei prodotti alimentari, si riferiva indistintamente ad 'origine o provenienza', ma non ne determinava il contenuto, insistendo al contempo sulla necessità di non confondere il consumatore riguardo l'origine o la provenienza 'effettiva' del prodotto alimentare, stabilendo pertanto un criterio, senza precisarne appieno il contenuto. Tale approccio è rimasto invariato anche nella successiva codificazione, ovvero nella Dir. 2000/13/CE, che ha rivisto sotto altri aspetti la normativa sull'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari. Anche la Dir. 84/450/CEE del 1984, riguardante la pubblicità ingannevole e comparativa, faceva genericamente riferimento alla 'origine geografica o commerciale', non attribuendo un significato univoco al termine origine, essendo indistintamente utilizzabile riguardo ad una provenienza sia geografica, che imprenditoriale. Tale impostazione è rimasta invariata anche nella successiva norma sulla pubblicità ingannevole e comparativa, ovvero la direttiva n. 2006/114. Anche intervenendo in materia di ravvicinamento delle legislazioni in tema di marchi, con la direttiva n. 89/104 del 1988, il legislatore europeo ha aumentato, ove possibile, l'incertezza terminologica. Infatti, nella direttiva in parola, così come nella successiva direttiva n. 2008/95 sui marchi, si è scelto di non utilizzare il termine 'origine', bensì di utilizzare l'espressione «provenienza geografica del prodotto o del servizio», finendo con l'attribuire alla provenienza un significato territoriale e non d'impresa.

Tuttavia il legislatore, pur mutando il quadro normativo, non è intervenuto per risolvere il cruciale tema dell'origine, a tutt'oggi controverso, ma immutato. Secondo alcuni autori peraltro, l'assenza di una generale disciplina non può apparire casuale, né può essere semplicemente ritenuta frutto di cattiva tecnica legislativa³¹.

La stessa Commissione Europea ha più volte ribadito come la ragione di tale scelta sia rinvenibile nella preferenza accordata a prodotti aventi una c.d. 'qualità obiettiva' o 'sostanziale', essendo al contrario i prodotti alimentari in genere da ritenersi beni fungibili. Per essi, in via generale, una discriminazione basata solo sul territorio di provenienza, in mancanza di qualità peculiari, non sarebbe né giustificabile, né in linea con i principi della libera circolazione delle merci e della concorrenza.

Si concretizzerebbe infatti una discriminazione fra imprese basata solo sull'appartenenza ad aree territoriali diverse³².

Già agli inizi degli anni '80, dalla condanna inflitta dalla Corte di Giustizia Europea all'Irlanda, emergeva la volontà di evitare quegli elementi che si riferiscono, nella comunicazione sul mercato e quindi in particolare nell'etichettatura, a

³¹ A.DI LAURO, *Nuove regole per le informazioni sui prodotti alimentari e nuovi analfabetismi. La costruzione di una "responsabilità del consumatore"*, in *Riv. Dir. Alimentare*, n. 2, 2012, p. 6.

³² Dello stesso avviso G.BENNACCHIO, *Diritto Privato della Comunità Europea*, IV ed., Milano, 2008, p. 525, con nota n. 61.

caratteristiche immateriali ³³ . Fra questi elementi, in particolare, il riferimento a specifiche identità territoriali, non connesso a connotati intrinseci dei prodotti, si concretizzerebbe in un mezzo di differenziazione e sarebbe da giudicare in contrasto con le norme che garantiscono la libera circolazione delle merci ³⁴ , ergo illecito, poiché idoneo ad orientare le scelte del consumatore grazie ad elementi solo apparenti e non apprezzabili in termini materiali, ovvero non corrispondenti ad effettive differenze qualitative, né ad effettivi bisogni del consumatore, così come astrattamente intesi dal legislatore europeo ³⁵ .

Una distinzione formale dei termini ‘origine’ e ‘provenienza’ viene finalmente fornita con chiarezza dal legislatore europeo nella relazione di accompagnamento al Reg. UE 1169/2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori ³⁶ .

³³ Sentenza 17 giugno 1981, causa C-113/80, Commissione contro Irlanda, in *Raccolta della Giurisprudenza*, 1981, p. 1625.

³⁴ In particolare, oggi vengono in considerazione gli articoli da 30 a 34 TFUE, ex articoli da 28 a 30 del Trattato CE.

³⁵ In tal senso, F.ALBISINNI, *Il made in Italy*, cit., p. 44. Per una ricostruzione dell’orientamento costante in tal senso, sia da parte della Commissione, che della Corte di giustizia, si veda G.BENNACCHIO, *Diritto Privato*, cit., p. 524 s.

³⁶ Pubblicato in GU L 304/42 del 22 novembre 2011. Il regolamento in parola è in vigore dal 13 dicembre 2011, ma la sua obbligatorietà scatterà dal 13 dicembre 2014, ad eccezione della parte riguardante i requisiti relativi alle carni macinate, che saranno obbligatori dal 1° gennaio 2014, e la dichiarazione nutrizionale che sarà obbligatoria solo dal 13 dicembre 2016.

In questa infatti, all'art. 2, secondo comma, lett. g), si legge che «il paese d'origine deve essere determinato conformemente alle disposizioni relative all'origine non preferenziale del Codice Doganale Comunitario. Per luogo di provenienza si intenderà qualunque luogo diverso dal paese d'origine specificato dal Codice Doganale Comunitario».

In linea generale quindi ora si può affermare che si considera origine di un prodotto quella del paese nel quale si sia concluso il processo produttivo³⁷.

Ai fini del presente lavoro, giova qui ricordare che l'indicazione in etichetta dell'origine o della provenienza, nel caso in cui un'omissione potrebbe indurre in errore il consumatore circa il paese d'origine o il luogo di provenienza reali dell'alimento, è obbligatoria³⁸.

³⁷ Più correttamente è «il luogo dove è avvenuta l'ultima trasformazione o lavorazione sostanziale», ai sensi dell'art. 36 del Reg. CE n. 450/2008, denominato Codice Doganale Comunitario Aggiornato.

³⁸ Tale previsione era già obbligatoria in precedenza, ma ora viene estesa a diversi altri prodotti. Per una trattazione approfondita si rimanda ad A.SELLITTO – A.TRIFIRÒ, *Informazioni sugli alimenti ai consumatori. Il nuovo regolamento*, in *Industria Conserve*, anno LXXXVI, n. 1, 2012, p. 34, in cui si precisa anche che, ai fini del regolamento in parola, «il nome, la ragione sociale o l'indirizzo dell'operatore del settore alimentare apposto sull'etichetta non costituisce un'indicazione del paese d'origine o del luogo di provenienza del prodotto alimentare».

§ I.3 - Il codice doganale comunitario fra vecchio e nuovo testo

Nel complessivo quadro normativo assume crescente rilievo la disciplina in materia di origine non preferenziale delle merci, dapprima contenuta nel regolamento (CEE) n. 2913/92, ovvero il Codice doganale comunitario, e oggi disciplinata dal regolamento (CE) n. 450/2008, ovvero il Codice doganale comunitario aggiornato, entrato in vigore il 24 giugno 2008.

Nel primo regolamento l'ambito applicativo delle definizioni date circa l'origine dei beni era espressamente circoscritto alle sole norme, tariffarie e non, riguardanti gli scambi di merci con paesi estranei alla Comunità³⁹.

In conseguenza di ciò, l'utilizzo di tali definizioni appariva circoscritto e non applicabile ad altri ambiti normativi, come ad esempio quelli relativi all'etichettatura d'origine dei prodotti alimentari, ai quali poteva essere collegata solo attraverso un'interpretazione estensiva della norma stessa, oppure in presenza di un esplicito e specifico

³⁹ L'affermazione è contenuta nel terzo considerando del regolamento in parola, secondo il quale: «partendo dal principio di un mercato interno esteso a tutta la Comunità, il codice deve contenere le norme e le procedure di carattere generale che garantiscono l'applicazione delle misure tariffarie e delle altre misure instaurate sul piano comunitario per gli scambi di merci tra la Comunità e i paesi terzi, comprese le misure di politica agricola e di politica commerciale comune, tenendo conto delle esigenze di queste politiche comuni».

richiamo contenuto in altre discipline speciali o di settore previste per determinati prodotti.

Nella versione aggiornata del codice, invece, le definizioni in tema di origine hanno espressamente raggiunto una portata generale, che ora riguarda, oltre alle misure strettamente tariffarie e non, le «altre misure comunitarie relative all'origine delle merci»⁴⁰, ivi comprese quindi anche le norme sull'etichettatura dei prodotti agroalimentari.

Oltre a questo intervento in merito ai criteri di definizione e applicazione dell'origine, il nuovo testo ha introdotto ulteriori rilevanti modifiche, anche sull'inquadramento di detti criteri, rispetto al testo previgente.

Quest'ultimo, per i prodotti vegetali e per quelli ottenuti esclusivamente da questa categoria merceologica, oltre che per altri prodotti, fra i quali quelli provenienti dall'attività di pesca, individuava espressamente l'elemento decisivo ai fini dell'attribuzione di una determinata origine nel luogo in cui questi erano stati raccolti⁴¹.

Pertanto, anche in etichetta, l'indicazione del paese di origine dei prodotti agricoli freschi e trasformati era di facile individuazione, potendosi far riferimento solo al paese ove i prodotti erano stati raccolti, o pescati nel caso di prodotti ittici.

Il nuovo codice invece si limita a fissare un criterio generale per l'attribuzione dell'origine o della provenienza,

⁴⁰ Così l'art. 35, lett. C, del nuovo regolamento.

⁴¹ Art. 23 del Reg. CEE n. 2913/92, intitolato «Origine non preferenziale delle merci».

senza precisarne i contenuti in relazione alle diverse tipologie di prodotti, e questo nemmeno per quelli trasformati, delegando l'adozione delle misure applicative alla Commissione⁴².

Tale delega in realtà non riguarda semplici misure applicative, ma attribuisce piuttosto il compito di fissare, con ampia autonomia, gli effettivi contenuti di una norma che ha carattere generale, e può pertanto essere soggetta ad interpretazioni divergenti, tanto più in presenza di una molteplicità di prodotti fra loro molto diversi per natura, con tutte le conseguenze che questo comporta, tanto più se si considerano anche i relativi e differenti metodi di commercializzazione per ciascuna merce.

In questo senso basti pensare a tutti quei prodotti che rientrano nella c.d. 'quarta gamma', come ad esempio una spremuta di agrumi freschi, oppure le classiche buste di insalata lavata, tagliata e confezionata in sacchetti con atmosfera condizionata mediante gas inerti.

Sulla base del vecchio regolamento era indubbio che questa frutta e verdura, pur soggetta a processi necessari alla commercializzazione, manteneva l'origine propria del paese in cui era stata raccolta⁴³.

⁴² L'art. 36, Reg. CE n. 450/2008, attribuisce l'origine non preferenziale alle «merci interamente ottenute in un unico paese o territorio», mentre l'art. 38 stabilisce che «la Commissione adotta [...] misure per l'applicazione degli articoli 36 e 37».

⁴³ Questo in base all'art. 23, par. 2, lett. b), del Reg. CEE n. 2913/92.

In ossequio al criterio fissato dal nuovo codice invece, in mancanza di una chiara ed espressa previsione relativa al paese di raccolta dei prodotti vegetali, si giunge al risultato che i richiamati processi per la commercializzazione di frutta e verdura possano essere intesi come una trasformazione sostanziale del prodotto, e quindi essere da soli idonei ad attribuirgli l'origine in base al paese di confezionamento anziché a quello di effettiva provenienza, ovvero quello in cui è stata effettuata la coltivazione, ergo la raccolta⁴⁴.

In questo modo assume rilevanza unicamente il momento finale della trasformazione, a nulla rilevando la provenienza della materia prima, gli eventuali processi intermedi che l'hanno caratterizzata, né tutta la lavorazione, le condizioni di svolgimento della stessa, ivi comprese le normative e i metodi che l'hanno permessa, non si valutano le fasi spesso peculiari e determinanti che concorrono alla realizzazione di un dato prodotto, rilevando esclusivamente, ai fini dell'attribuzione dell'origine, che si sia trattato di una fase importante del processo stesso, tale da determinarne una trasformazione sostanziale⁴⁵.

⁴⁴ L'art. 36, n. 2, stabilisce infatti che «le merci alla cui produzione hanno contribuito due o più paesi o territori sono considerate originarie del paese o territorio in cui hanno subito l'ultima trasformazione sostanziale». Cfr. Cass. Pen., sez. III, sent. 12 luglio 2007, n. 27250, cit., nt. 22.

⁴⁵ Alcuni autori si sono spinti fino ad affermare che tale impostazione svilisca il concetto stesso di origine. In particolare, riguardo la nuova disciplina introdotta nel 2008, per quel che concerne l'origine non preferenziale dei prodotti, F.ALBISINNI, *Il made in Italy*, cit., p. 44,

§ I.4 - Le informazioni ai consumatori

Dopo aver introdotto il tema assai complesso dell'attribuzione dell'origine e della provenienza dei prodotti alimentari, seppur in maniera succinta e senza alcuna pretesa di esaustività in un tema così a lungo dibattuto e in cui in questi anni si è assistito al proliferare di norme che spesso hanno operato con intenti chiarificatori, finendo invece per

scrive: «Sicché, a far tempo dall'entrata in vigore del CDCA, per far acquisire l'origine ad un prodotto trasformato, è sufficiente che nell'ultimo paese coinvolto avvenga una lavorazione sostanziale, senza necessità che a questa si accompagnino tutti gli altri criteri e specificazioni previsti dall'art. 24 del CDC. Il canone di origine si semplifica e si banalizza». L.COSTATO, *L'informazione dei consumatori postrema frontiera della CE*, in *Riv. Dir. Alimentare*, n. 4, p. 5, commentando la proposta di regolamento, poi promulgato nel 2011, a proposito della perdita di rilevanza delle materie prime afferma: «Appare, pertanto, complesso e difficile da realizzare il diritto attribuito agli Stati, e condizionato dall'assenso della Commissione, di specificare un luogo di origine di materie prime agricole di provenienza diversa da quella del prodotto finito, a meno che questa non possa essere considerata una informazione essenziale per il consumatore secondo le condizioni espresse dall'art. 38, par. 1, della proposta di regolamento. Sembra che in quest'ultima abbiano prevalso le richieste di coloro che si oppongono con molta rigidità all'accettazione di indicazioni di origine diverse da quelle del luogo di fabbricazione finale del prodotto, e che considerano sufficiente l'aver previsto, in altri regolamenti, le DOP, le IGP e le SGT come soluzione che soddisfi queste istanze».

complicare ulteriormente il quadro generale ⁴⁶, il passo successivo da analizzare è l'indicazione corretta dell'origine o della provenienza nei rapporti con il consumatore.

L'esatta determinazione dell'origine o della provenienza, a parere dello scrivente è, o dovrebbe essere, uno degli elementi determinanti nell'acquisto di un prodotto agroalimentare, e ricevere informazioni corrette e facilmente comprensibili a riguardo, al fine di compiere scelte consapevoli, appare fondamentale.

I.4.1 - Il regolamento (UE) n. 1169/2011 e le informazioni sull'origine dei prodotti alimentari

Sulla Gazzetta Ufficiale UE del 22 novembre 2011 è stato pubblicato il nuovo regolamento (UE) n. 1169/2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai

⁴⁶ A tal proposito basti citare, a livello nazionale, una serie di norme, tutte censurate dalla Commissione, come l'art. 4, comma 49, della L. Finanziaria del 2004, ovvero la L. 13 dicembre 2003, n. 350, sul '*made in Italy*' o ancora la L. 3 agosto 2004, n. 204, specificamente intesa a disciplinare la dichiarazione di origine nell'etichetta dei prodotti alimentari ed a legare tale indicazione a quella dell'origine della materia prima agricola impiegata, oppure da ultima la L. 3 febbraio 2011, n. 4, recante disposizioni in materia di etichettatura e qualità dei prodotti alimentari.

consumatori (che di seguito per semplicità verrà indicato come ‘Regolamento’)⁴⁷.

Visto l’oggetto della ricerca, in questa sede ci si limiterà ad approfondire solo la parte di esso concernente il tema dell’origine⁴⁸.

Il campo di applicazione del nuovo Regolamento appare infatti piuttosto ampio comportando la modifica di altri due regolamenti e l’abrogazione di ben sei direttive e di un ulteriore regolamento⁴⁹.

Il Regolamento è il risultato di tre anni di lavoro; la proposta della Commissione risale infatti al 30 gennaio 2008, e si inserisce in un contesto in cui si avvertiva fortemente la

⁴⁷ Per la tempistica dettata riguardo all’applicazione effettiva del regolamento in parola si rimanda alla nt. 36 *supra*, p. 23.

⁴⁸ Per un’accurata disamina degli aspetti tecnici e delle ricadute in tema di etichettatura, in particolare a carico degli operatori del settore alimentare si rimanda invece ad A.SELLITTO – A.TRIFIRÒ, *Informazioni sugli alimenti*, cit., p. 34 s., ed in particolare alle tavole sinottiche ivi proposte, p. 36 s.

⁴⁹ Il Regolamento modifica infatti, nello specifico, i regolamenti (CE) n. 1924/2006 sulla indicazione nutrizionale e sulla salute fornite sui prodotti alimentari, e CE n. 1925/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, che regola l’aggiunta di vitamine e minerali e di talune altre sostanze agli alimenti, abroga la direttiva 87/250/CEE della Commissione, la direttiva 1999/10/CE della Commissione, la direttiva 2000/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 2002/67/CE e 2008/5/CE della Commissione e il regolamento (CE) n. 608/2004 della Commissione, concernenti l’etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, in alcuni casi molto settoriali, oltre alla direttiva 90/496/CEE del Consiglio sull’etichettatura nutrizionale dei prodotti alimentari.

necessità di creare una norma comune per disciplinare le informazioni da apporre sugli alimenti al fine di consentire ai consumatori di compiere scelte consapevoli, prevenendo tutte quelle pratiche in grado di indurli in errore⁵⁰.

Il fatto che questo nuovo complesso normativo faccia riferimento nel suo titolo alle informazioni ai consumatori, e non alla sola etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari, mostra un approccio completamente nuovo rispetto ai precedenti testi normativi⁵¹.

⁵⁰ L.COSTATO, *L'informazione dei consumatori*, cit., p. 3, nel periodo antecedente la promulgazione del regolamento, esprimeva l'esigenza di giungere ad una normativa comune, proprio a causa della frammentazione e disarmonia fra le differenti discipline presenti nell'ordinamento, affermando: «L'etichettatura dei prodotti alimentari [...] è regolamentata in normative sparse, talvolta confuse e poco chiare, sicché appare opportuno arrivare ad una unificazione di esse in un unico testo, per il quale si è scelto la forma del regolamento, del cui progetto oggi qui si discute, che sostituisce una serie molto lunga di direttive».

⁵¹ Come osserva in maniera pienamente condivisibile A.DI LAURO, *Nuove regole*, cit., p. 4, «Emerge infatti dalla lettura del regolamento che esso mira a costruire qualcosa di più rispetto ad un insieme di regole e ha l'ambizione di porsi come un punto di riferimento obbligatorio per tutto ciò che riguarda la comunicazione fra produttori e consumatori. Siamo in presenza di un approccio nuovo e al tentativo di organizzare in modo sistematico l'insieme delle informazioni sui prodotti alimentari. Quello che il regolamento sembra voler proporre è la realizzazione di un 'tessuto' di regole che va oltre l'opera di razionalizzazione, armonizzazione e semplificazione normativa». L'autrice aggiunge poi un'ulteriore considerazione, sottolineando come questo tentativo non sia

Il Regolamento, in tale ottica, appare lo strumento più opportuno per uniformare le legislazioni dei singoli paesi, oltre che una disciplina tanto incerta quanto frammentata, e costituisce un importante passo nel lungo percorso normativo intrapreso dall'Unione «per una libera circolazione di alimenti sicuri»⁵².

Questa espressione fornisce in estrema sintesi gli obiettivi a cui tende esplicitamente il legislatore europeo attraverso il Regolamento, in un gioco di equilibri fra le istanze dei produttori da un lato e quelle dei consumatori dall'altro, ovvero fra interesse economico e tutela della salute⁵³.

Già all'art. 1 infatti si introduce un elemento di novità, poi ripreso all'art. 3, laddove si dice espressamente che il

pienamente riuscito: da un lato per la mancanza di rigore nell'individuazione degli obiettivi e nell'enunciazione dei principi, dall'altro per la semplificazione normativa preannunciata, ma non complessivamente compiuta, così come la tutela del consumatore che presenta numerose contraddizioni.

⁵² Così A.SELLITTO – A.TRIFIRÒ, *Informazioni sugli alimenti*, cit., p. 32. Circa l'opportunità di legiferare mediante l'adozione di una norma di diretta ed immediata applicazione, la Relazione premessa alla proposta di regolamento afferma testualmente che «qualunque altro strumento non sarebbe adeguato».

⁵³ Nella Relazione che accompagna la proposta di Regolamento si può vedere l'atteggiamento sostanzialmente equidistante da consumatori e produttori tenuto dalla Commissione: infatti si legge che «gli Stati membri auspicano che sia trovato un equilibrio tra le esigenze dei consumatori e quelle dell'industria, tenuto conto eventualmente delle considerazioni specifiche a ciascun Paese».

Regolamento «stabilisce le basi che garantiscono un elevato livello di protezione dei consumatori in materia di informazioni sugli alimenti [...] garantendo al tempo stesso il buon funzionamento del mercato interno».

L'art. 3, primo paragrafo, contiene poi un'ulteriore apertura in tema di tutela dei consumatori laddove vengono in considerazione, accanto agli interessi economici e sanitari, anche ragioni «ambientali, sociali ed etiche».

Al secondo paragrafo dell'articolo in parola viene altresì precisato come le norme sull'etichettatura dei prodotti, *rectius* le informazioni ad essi relative, non sono da intendersi solo a tutela dei consumatori, ma vanno considerate nell'ottica di «stabilire nell'Unione le condizioni per la libera circolazione degli alimenti legalmente prodotti e commercializzati, tenuto conto, ove opportuno, della necessità di proteggere gli interessi legittimi dei produttori e di promuovere la fabbricazione di prodotti di qualità».

Proseguendo nell'analisi va osservata l'introduzione, a fianco di requisiti puntuali, anche di principi generali cui gli operatori del settore alimentare devono ispirarsi, e fra questi appare particolarmente significativo quello dell'elevato livello di protezione dei consumatori in materia di informazioni, che devono essere qualitativamente idonee per effettuare scelte consapevoli⁵⁴.

⁵⁴ Nel secondo paragrafo dell'art. 4, intitolato proprio «Principi che disciplinano le informazioni obbligatorie sugli alimenti» si legge: «Nel valutare se occorre imporre informazioni obbligatorie sugli alimenti e per consentire ai consumatori di effettuare scelte

Invero vi sono alcune perplessità circa il fatto che si tratti di veri e propri principi in senso tecnico⁵⁵.

L'art. 6 del Regolamento stabilisce poi un 'requisito di base', ovvero che tutti gli alimenti destinati al consumatore finale o alle collettività devono essere accompagnati da informazioni conformi al Regolamento stesso⁵⁶.

Venendo ai requisiti puntuali, trattando qui solo quelli che interessano maggiormente l'oggetto della presente ricerca, l'art. 7 del Regolamento prevede quelle che definisce 'Pratiche leali d'informazione', stabilendo al primo paragrafo, lett. a), senza in realtà innovare la disciplina precedente, che le informazioni sugli alimenti non debbano indurre in errore «per quel che riguarda le caratteristiche dell'alimento e, in

consapevoli, si prende in considerazione il fatto che la maggioranza dei consumatori ritiene particolarmente necessarie alcune informazioni cui attribuisce un valore significativo o si tiene conto di alcuni elementi generalmente ritenuti utili per il consumatore». Ai fini della presente ricerca pare opportuno segnalare come anche le informazioni circa la provenienza e l'origine possano essere fatte rientrare fra quelle obbligatorie previste dal Legislatore in questo articolo, laddove al primo paragrafo, lett. a), individuando le categorie a cui tale norma si riferisce, prevede che vi rientrino le «informazioni sull'identità e la composizione, le proprietà o altre caratteristiche dell'alimento».

⁵⁵ Dello stesso avviso A. DI LAURO, *Nuove regole*, cit., p. 6.

⁵⁶ Va qui sottolineato cosa si intende per 'collettività', ovvero, *ex art. 2*, secondo comma, lett. d): «qualunque struttura (compreso un veicolo o un banco di vendita fisso o mobile), come ristoranti, mense, scuole, ospedali e imprese di ristorazione in cui, nel quadro di un'attività imprenditoriale, sono preparati alimenti destinati al consumo immediato da parte del consumatore finale».

particolare, [...] il paese d'origine o il luogo di provenienza [...]».

Di maggiore novità risulta l'introduzione, all'art. 8 del Regolamento, di un'ampia responsabilità a carico dell'operatore con il cui nome o con la cui ragione sociale è commercializzato il prodotto o, se tale operatore non è stabilito nell'Unione, l'importatore nel mercato dell'Unione. Tale operatore ha la responsabilità di assicurare la presenza e l'esattezza delle informazioni, conformemente alla normativa⁵⁷.

Fra le indicazioni obbligatorie previste dall'art. 9, significativamente inserito nella sezione I, del Capo IV, intitolata «Contenuto e presentazione», vi sono da un lato, alla lett. h), «il nome o la ragione sociale e l'indirizzo dell'operatore del settore alimentare di cui all'articolo 8,

⁵⁷ Sottolineano A.SELLITTO – A.TRIFIRÒ, *Informazioni sugli alimenti*, cit., p. 32, come siano altresì responsabili «anche gli operatori del settore alimentare che non influiscono sulle informazioni relative agli alimenti ma che conoscono o presumono, in base alle informazioni in loro possesso in qualità di professionisti (ad esempio intermediari, distributori, commercianti ecc.), la non conformità alla normativa in materia di informazioni sugli alimenti e anche quando, nell'ambito delle imprese che controllano, non modificano le informazioni che accompagnano un alimento se tale modifica può indurre in errore il consumatore finale o ridurre in qualunque altro modo il livello di protezione dei consumatori e le possibilità del consumatore finale di effettuare scelte consapevoli». Essi sono quindi tenuti ad «assicurare che le informazioni sugli alimenti non preimballati destinati al consumatore finale o alle collettività siano trasmesse all'operatore del settore alimentare che riceve tali prodotti».

paragrafo 1»⁵⁸, dall'altro, alla lett. i), «il paese d'origine o il luogo di provenienza ove previsto all'articolo 26»⁵⁹.

⁵⁸ Appare opportuno evidenziare la mancanza nel Regolamento della previsione relativa all'indicazione della sede dello stabilimento di produzione o di confezionamento, previsto in Italia dall'art. 3, comma primo, lett. f), e dall'art. 11 del D.Lgs. 27 gennaio 1992, n. 109, emanato in attuazione delle direttive n. 89/395/CEE e n. 89/396/CEE concernenti l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari. Tale mancanza rileva in virtù dell'avvenuta abrogazione della Direttiva 2000/13/CE, che prevedeva che «gli Stati membri possono mantenere le disposizioni nazionali che impongono l'indicazione dello stabilimento di fabbricazione o di condizionamento per la loro produzione nazionale».

Con la nuova norma è richiesto l'indirizzo dell'operatore del settore alimentare responsabile dell'informazione, quindi, rispetto alla precedente prescrizione, è cambiato il termine da «sede» a «indirizzo». In precedenza per sede si intendeva la mera indicazione della località in cui è situata l'azienda o lo stabilimento produttivo, mentre ora viene richiesta l'indicazione puntuale del recapito dell'operatore alimentare. Occorre precisare che, ai sensi del presente Regolamento, l'indirizzo dell'operatore del settore alimentare apposto sull'etichetta non costituisce un'indicazione del paese di origine o del luogo di provenienza del prodotto alimentare.

⁵⁹ L'art. 26 del Regolamento si applica fatti salvi i requisiti di etichettatura stabiliti dalle specifiche disposizioni dell'Unione a proposito delle specialità tradizionali garantite, delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, già contenute nel regolamento (CE) n. 509/2006, e nel regolamento (CE) n. 510/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006, ora sostituiti dal Reg. (UE) n. 1151/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 novembre 2012, di cui tratteremo in seguito.

L'art. 26 del Regolamento stabilisce che l'obbligatorietà dell'indicazione del paese d'origine o del luogo di provenienza è prevista solo nel caso in cui l'omissione di tale informazione potrebbe indurre in errore il consumatore in merito al paese d'origine o al luogo di provenienza reali dell'alimento⁶⁰.

Lo stesso articolo, al terzo comma, prevede che in presenza di un «ingrediente primario» sia obbligatorio indicare il paese d'origine o il luogo di provenienza di tale ingrediente se in etichetta è indicato il paese d'origine o il luogo di provenienza dell'alimento e questa indicazione non è la stessa di quella dell'ingrediente primario oppure, in alternativa, che si possa indicare che il paese di origine o il luogo di provenienza dell'ingrediente primario è differente da quello dell'alimento, senza specificare quale esso sia.

Inoltre, per quel che attiene il tema qui affrontato, appare utile evidenziare come il quinto comma dell'articolo in parola imponga alla Commissione di presentare al Parlamento europeo e al Consiglio, entro il 13 dicembre 2014, una relazione sull'indicazione obbligatoria del paese d'origine o del luogo di provenienza per tutta un'ulteriore serie di prodotti e alimenti, temporaneamente esclusi dall'ambito applicativo del Regolamento qui esaminato⁶¹.

⁶⁰ Il secondo comma dell'art. 26 del Regolamento prevede l'obbligatorietà «in particolare se le informazioni che accompagnano l'alimento o contenute nell'etichetta nel loro insieme potrebbero altrimenti far pensare che l'alimento abbia un differente paese d'origine o luogo di provenienza».

⁶¹ Fra i quali il latte, anche quando usato quale ingrediente di prodotti lattiero-caseari, gli alimenti non trasformati, i prodotti a base di un

Da ultimo, merita un cenno l'articolo 38 del Regolamento, riguardante le disposizioni nazionali, in cui viene statuito che «quanto alle materie espressamente armonizzate [...] gli Stati membri non possono adottare né mantenere disposizioni nazionali salvo se il diritto dell'Unione lo autorizza» e quando queste non creino ostacoli alla libera circolazione delle merci, «ivi compresa la discriminazione nei confronti degli alimenti provenienti da altri Stati membri».

Il secondo comma dell'articolo *de quo* prevede in ogni caso che gli Stati membri possano legiferare su materie non specificamente armonizzate «purché non vietino, ostacolino o limitino la libera circolazione delle merci conformi» al Regolamento e, aspetto di grande rilevanza, prevede che essi possano adottare, notificandole preventivamente alla Commissione e agli Stati membri, disposizioni che richiedono ulteriori indicazioni obbligatorie per tipi o categorie specifici di alimenti qualora siano a protezione della salute pubblica o dei consumatori, oppure necessari a prevenire delle frodi ovvero rilevanti per la protezione dei diritti di proprietà industriale e commerciale, delle indicazioni di provenienza, delle denominazioni d'origine controllata e per la repressione della concorrenza sleale⁶².

unico ingrediente e gli ingredienti che rappresentano più del 50% di un alimento.

⁶² Così risulta dal combinato degli artt. 39 e 45 del Regolamento. Inoltre, *ex art.* 39, secondo paragrafo, «gli Stati membri possono introdurre disposizioni concernenti l'indicazione obbligatoria del paese d'origine o del luogo di provenienza degli alimenti solo ove

I.4.2 - Il regolamento (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari

Un'altra importante novità normativa è stata l'introduzione del Regolamento (UE) n. 1151/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 novembre 2012⁶³.

Anche in questo caso ci si limiterà, in questa sede, ad analizzare solo ed esclusivamente gli aspetti strettamente attinenti al tema centrale della presente ricerca, tralasciando la trattazione puntuale delle novità introdotte in tema di registrazione delle denominazioni d'origine e delle indicazioni geografiche protette, così come delle specialità tradizionali garantite. Ci si limiterà quindi a segnalare solo gli aspetti salienti della nuova normativa.

Il principale, e più controverso, è l'attribuzione in via esclusiva all'Unione europea della competenza in materia di registrazione delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche, contrariamente al parere ripetutamente espresso dalla Corte di Giustizia⁶⁴.

esista un nesso comprovato tra talune qualità dell'alimento e la sua origine o provenienza».

⁶³ Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, n. L 343 del 14 dicembre 2012.

⁶⁴ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia del 9 giugno 1998, in cause riunite n. C-129/97 e n. C-130/97, *Raccolta*, 1998, I, p. 3315, punto 21, anche nota come *Epoisses del Bourgogne*, in cui la Commissione già sosteneva la propria competenza esclusiva in materia di registrazione di prodotti agricoli, tesi tuttavia non accolta

Tale impostazione, così come il Regolamento nel suo complesso, è stata oggetto di aspre critiche da parte della maggior parte della dottrina⁶⁵.

dalla Corte; conformemente sent. Corte di giustizia, 20 maggio 2003, causa C-108/2001, *Raccolta*, 2003, I, p. 5121. A favore dell'attribuzione invece, sent. Corte di giustizia dell'8 settembre 2009, causa C-478/07, *Raccolta*, 2009, I, p. 7721, anche nota come *Bud II*, che segna un cambio di orientamento da parte della Corte, che ha riconosciuto all'Unione europea la competenza esclusiva a registrare le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche all'interno del mercato unico, suffragando la posizione già in precedenza assunta dalla Commissione in materia di registrazione.

⁶⁵ Fra i molti contributi, senza pretesa di esaustività, per un approfondimento della posizione della dottrina si segnalano: F.CAPELLI, *Luci ed ombre nel nuovo regolamento UE n. 1151/2012 sulla qualità dei prodotti agro-alimentari*, Relazione presentata al convegno “*Geographical Indications and Trademarks*”, Parma, 15-16 marzo 2013, p. 1 s., che duramente critica il Regolamento sotto l'aspetto sistematico, giungendo ad avanzare perplessità anche sulla legittimità della disciplina precedente, alla luce delle nuove disposizioni adottate dall'Ue per giustificare le nuove disposizioni. Tale Autore afferma, riferendosi al punto 110 della sentenza *Bud II*, di cui alla nota precedente, che: «Poiché la stessa Corte di giustizia ha espressamente riconosciuto che “Le denominazioni d'origine rientrano nei diritti di proprietà industriale e commerciale”, appare evidente che, per riservare in via esclusiva all'Unione europea la competenza in materia di denominazioni di origine e di indicazioni geografiche, il Regolamento UE n. 1151/2012 avrebbe dovuto essere fondato su norme del Trattato in grado di attribuire all'Unione una competenza siffatta. [...] Orbene, tanto la materia agricola (cfr. art. 4 TFUE) quanto la materia dei diritti di proprietà intellettuale (cfr. Parere 1//94 della Corte di giustizia), rientrano tra le competenze concorrenti

degli Stati membri e dell'Unione europea». L'autore conclude quindi affermando che «la registrazione in sede comunitaria è decisiva per quanto riguarda l'ampiezza, la forza e la rilevanza della tutela della denominazione protetta all'interno del mercato unico, ma non per quanto riguarda l'esistenza della tutela medesima»; Dello stesso avviso, seppur con posizioni più blande, V.RUBINO, *Indicazioni geografiche indirette e denominazioni di origine dei prodotti alimentari nella sentenza BUD II*, in *Dir. com. e scambi internaz.*, n. 2, 2010, p. 225; F.CAPELLI, *La Corte di giustizia, in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette, riferite ai prodotti agroalimentari, mediante la sentenza BUD II motivata in modo affrettato, contraddittorio e per nulla convincente*, in *Dir. com. e scambi internaz.*, n. 3, 2010, p. 401 s., in cui l'opinione dell'autore appare già chiaramente espressa dal titolo del contributo, così come per F.COPPOLA, *Regolamento (Ue) n. 1151/2012 su DOP, IGP e STG: un'occasione mancata?*, in *Alimenta ESD, commentario tecnico-giuridico della produzione agro-alimentare*, 2013, p. 31 s.; S.VENTURA, *Osservazioni in margine delle sentenze del Tribunale di Oviedo, del Tribunale regionale di Colonia e della Corte d'Appello di Berlino relative alla protezione della DOP «Parmigiano-Reggiano»*, in *Dir. com. e scambi internaz.*, n. 3, 2010, p. 547 s., conferma l'orientamento sopra ricordato, ovvero che la competenza in materia di registrazione è necessariamente concorrente, nel rispetto del principio della prevalenza delle fonti comunitaria, e sottolinea come, in assenza di una registrazione in sede europea, il nome 'Parmigiano Reggiano' sarebbe stato assoggettato unicamente alle leggi nazionali, con tutte le problematiche a ciò legate, ma avrebbe comunque goduto di tutela in Italia, ergo il Consorzio del Parmigiano Reggiano non sarebbe riuscito a far vietare l'uso, in altri Stati, di diciture quali 'Parmesan', pur essendo protetto nel mercato interno. Appare qui interessante porre in risalto come i consumatori, di fronte a simili

Il Regolamento introduce, e questa invece è una novità positiva, l'obbligo per gli Stati membri di dotarsi di organismi di controllo del mercato in grado di contrastare gli illeciti relativi alle denominazioni d'origine e alle indicazioni geografiche protette⁶⁶.

Tale disposizione è stata evidentemente prevista per colmare la lacuna esistente nei precedenti Regolamenti n. 2081/1992 e n. 510/2006⁶⁷.

Sono state poi introdotte, al titolo IV del Regolamento, particolari forme di 'indicazioni facoltative di qualità', ovvero

fenomeni, abbiano invece la capacità di reagire, qualora tali nomi risultino poter essere ingannevoli e creare confusione sul mercato, evitando la continuazione dell'utilizzo di tali pratiche sleali. Su questo si tornerà nei capitoli che seguono.

⁶⁶ L'art. 13, terzo paragrafo, prevede infatti l'obbligo di adottare «le misure amministrative e giudiziarie adeguate per prevenire o far cessare l'uso illecito delle denominazioni di origine protette e delle indicazioni geografiche [...] prodotte o commercializzate in tale Stato membro». Il secondo periodo precisa che «A tal fine gli Stati membri designano le autorità incaricate di adottare tali misure secondo le procedure definite da ogni singolo Stato membro».

⁶⁷ Così F.CAPELLI, *Luci ed ombre*, cit., p. 15, che ricorda come «nella causa *Parmesan* [...] la Germania aveva giustificato il mancato avvio di un'azione repressiva, da parte delle autorità di controllo nazionali, nei confronti dei produttori tedeschi del formaggio "Parmesan", con l'assenza di una disposizione specifica in tal senso nella normativa comunitaria». Cfr. sent. della Corte di giustizia del 26 febbraio 2008, causa C-132/2005, *Raccolta*, 2008, I, p. 957. Per un commento esteso su tale sentenza si veda S. VENTURA, *Il caso Parmesan, visto dalla Corte di giustizia*, in *Dir. com. e scambi internaz.*, n. 2, 2008, p. 323 s.

‘prodotto di montagna’ e ‘prodotto dell’agricoltura delle isole’⁶⁸.

Il ruolo di queste indicazioni facoltative di qualità trova la sua *ratio* nella presenza di un «valore aggiunto» insito nel prodotto⁶⁹.

Peraltro, la possibilità di specificare un valore aggiunto, consentita solamente fra prodotti dello stesso tipo registrati, conferma l’ammissibilità della pubblicità comparativa, generalmente vietata, ad eccezione di quando «per i prodotti

⁶⁸ Rispettivamente previste agli artt. 31 e 32 del Regolamento in parola. Proprio l’indicazione ‘*prodotto di montagna*’ era stata in precedenza considerata contraria alle regole comunitarie in materia di libera circolazione delle merci. Cfr. Corte di giustizia, sent. 7 maggio 1997, in cause riunite C-321/1994 e C-324/1994, *Raccolta*, 1997, I, p. 2343, anche nota come ‘*Pistre*’.

⁶⁹ La previsione è contenuta nell’art. 27 del Regolamento. Nel caso dei prodotti di montagna e di quelli da agricoltura delle isole l’ulteriore finalità è quella di favorire le aree rurali periferiche e maggiormente disagiate, come chiaramente affermato nel considerando n. 4, ove si legge: «Contribuire attraverso regimi di qualità a ricompensare gli sforzi dispiegati dai produttori per ottenere una gamma diversificata di prodotti di qualità può avere ricadute positive per l’economia rurale. Ciò vale soprattutto per le aree svantaggiate, le zone di montagna e le regioni ultraperiferiche, nelle quali il settore agricolo ha un peso economico notevole e i costi di produzione sono elevati. Pertanto i regimi di qualità sono in grado di fornire un contributo e un complemento alla politica di sviluppo rurale e alle politiche di sostegno dei mercati e dei redditi nell’ambito della politica agricola comune (PAC). In particolare essi possono fornire un contributo alle aree il cui settore agricolo ha un peso economico più rilevante e, specialmente, alle aree svantaggiate».

recanti denominazione di origine, si riferisca in ogni caso a prodotti aventi la stessa denominazione⁷⁰».

Infine, in questa panoramica generale del portato della novella, occorre evidenziare il ruolo esplicitamente affidato ai ‘gruppi’, intesi come «qualsiasi associazione, a prescindere dalla sua forma giuridica, costituita principalmente da produttori o trasformatori che trattano il medesimo prodotto»⁷¹.

Sul ruolo dei gruppi vi è in particolare da sottolineare come a questi siano conferiti, *ex art.* 45 del Regolamento, i poteri di controllo del mercato e di segnalazione all’autorità competente, di cui al combinato degli artt. 36 e 13, terzo paragrafo, attribuzione quest’ultima che parrebbe quindi configurare una legittimazione esclusiva di intervento, fatta

⁷⁰ Così l’art. 3 *bis*, primo paragrafo, lett. e), della Direttiva CE n. 29 del 2005 sulle pratiche commerciali sleali, pubblicata in GU L 149 del 11 giugno 2005, p. 22. Appare opportuno sottolineare come, secondo una nota pronuncia della Corte di giustizia, sentenza 19 aprile 2007, causa C-381/05, in *Raccolta*, 2007, I, p. 3115, punti 66 e s., sia possibile effettuare la comparazione anche tra un prodotto provvisto di denominazione protetta ed uno della stessa categoria che ne sia privo. La causa era *De Landtsheer Emmanuel SA* contro *Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne et Veuve Clicquot Ponsardin SA*, e verteva sulla possibilità per un produttore di birra di utilizzare l’espressione ‘*La première bière BRUT au monde*’.

⁷¹ Questa la definizione offerta dall’art. 3, primo paragrafo, n. 2), del Regolamento. In Italia, con il recentissimo Decreto 14 ottobre 2013, già ricordato, sono stati inclusi esplicitamente anche i Consorzi di tutela, *ex art.* 2, primo comma, lett. c). Da osservare, ai fini del presente elaborato, come il legislatore europeo non abbia ritenuto di includere le associazioni di consumatori fra questi gruppi.

salva ovviamente quella *ex officio* dello Stato membro, per tramite dell'autorità all'uopo preposta⁷².

Fra questi poteri spicca il disposto dell'art. 45, primo paragrafo, lett. b), da cui emerge la possibilità di adottare provvedimenti volti a garantire una protezione giuridica alle Dop e alle Igp, così come ai diritti di proprietà intellettuale ad esse collegati.

Seppur l'oggetto principale della tutela promossa dal Regolamento sia il corretto funzionamento del mercato, unito alla protezione dei produttori e degli agricoltori, attraverso la salvaguardia dei prodotti dotati di specifiche qualità, già ad una prima analisi dei 'considerando' emerge come tra le principali finalità della novella vi sia l'importanza di garantire «i cittadini e i consumatori dell'Unione» circa l'origine geografica dei «prodotti agricoli o alimentari con caratteristiche specifiche riconoscibili»⁷³.

Il Regolamento in parola si prefigge di innovare e chiarire la materia dispersa in innumerevoli precedenti e

⁷² In Italia tale autorità è l'Ispettorato centrale della tutela della qualità e repressione delle frodi dei prodotti agroalimentari, anche indicato con l'acronimo 'ICQRF', come riaffermato all'art. 16, secondo comma, del recentissimo Decreto 14 ottobre 2013, già menzionato.

⁷³ Al considerando n. 2 si legge infatti: «Sempre di più, i cittadini e i consumatori dell'Unione chiedono qualità e prodotti tradizionali e si preoccupano del mantenimento della varietà della produzione agricola dell'Unione. Queste esigenze determinano una domanda di prodotti agricoli o alimentari con caratteristiche specifiche riconoscibili, in particolar modo quelle connesse all'origine geografica».

criticate disposizioni. Tale tentativo appare in verità non sempre pienamente riuscito⁷⁴.

Nel perseguire questo intento, la novella prende in considerazione tanto gli interessi dei consumatori, dei cittadini e degli acquirenti in genere, quanto quelli degli agricoltori, degli itticoltori e dei produttori di beni aventi caratteristiche

⁷⁴ In tal senso si è espresso anche F.CAPELLI, in *Luci ed ombre*, cit., p. 1, il quale afferma che «gli aspetti della materia disciplinata dai vecchi regolamenti (n. 2081/1992, n. 2082/1992, n. 509/2006 e n. 510/2006) sui quali in passato il fascio di luce delle critiche è stato diretto con maggiore intensità, hanno prodotto, nel nuovo regolamento n. 1151/2012, un'ombra più scura», e che «nell'analizzare il nuovo Regolamento Ue n. 1151/2012 sulla qualità dei prodotti agroalimentari si è scoperto che le parti del regolamento nelle quali il legislatore europeo non ha voluto (o potuto) tener conto delle critiche più accese e pungenti, sono rimaste nell'ombra, mentre le parti sottoposte a blande critiche, pur rimanendo sfumate, appaiono comprensibili anche se con qualche incertezza». Dello stesso avviso, commentando la parte inerente le disposizioni introdotte sulle STG, M.GRAGNANI, *Le Specialità Tradizionali Garantite (STG) secondo il Reg. UE n. 1151/2012*, in *Alimenta ESD, commentario tecnico-giuridico della produzione agro-alimentare*, n.7-8, 2013, p. 155 s., che si spinge oltre parlando della storia della STG come di «un regime fallimentare», concludendo affermando che «al di là di alcune miglirie tutto sommato poco rilevanti, il fulcro della disciplina delle STG sia rimasto lo stesso anche con il nuovo Regolamento 1151/2012. La riforma non sembra aver risolto le contraddizioni proprie di questo schema, in particolare quelle relative agli obiettivi della stessa legislazione comunitaria che sembrano inconciliabili con la portata delle STG».

peculiari e, come tali, da tutelare in maniera appropriata⁷⁵, poiché questa varietà e qualità sono «un patrimonio culturale e gastronomico vivo» dell'Unione⁷⁶. La Commissione stessa sottolinea come ciò rappresenti «un punto di forza ed un vantaggio competitivo» dell'intero sistema produttivo⁷⁷.

Accanto alla volontà di garantire questo equilibrio di interessi fra i diversi attori del mercato, viene anche evidenziata la necessità di tutelare queste produzioni di qualità, sia mediante l'introduzione di strumenti adeguati alla loro promozione, attraverso una chiara identificazione dei prodotti aventi caratteristiche specifiche⁷⁸, sia favorendo quelle condizioni che permettano una concorrenza leale, anche dal

⁷⁵ A tal proposito il considerando n. 18 del Regolamento esplicita come «la protezione delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche persegue gli obiettivi specifici di garantire agli agricoltori e ai produttori un giusto guadagno per le qualità e caratteristiche di un determinato prodotto o del suo metodo di produzione, e di fornire informazioni chiare sui prodotti che possiedono caratteristiche specifiche connesse all'origine geografica, permettendo in tal modo ai consumatori di compiere scelte di acquisto più consapevoli».

⁷⁶ Come espresso chiaramente dal considerando n. 1 del Regolamento.

⁷⁷ Considerando n. 1 del Regolamento.

⁷⁸ *Ex plurimis*, si evidenzia il considerando n. 17 del Regolamento che «ritiene opportuno circoscrivere l'ambito di applicazione delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche ai prodotti per i quali esiste un legame intrinseco fra le caratteristiche del prodotto o dell'alimento e la sua origine geografica».

punto di vista comunicazionale, sia rafforzando il contrasto alle pratiche sleali in genere⁷⁹.

Dalle considerazioni da ultimo svolte, non si comprende quindi come possano essere rimasti esclusi i consumatori dal processo di controllo del mercato, dallo svolgere in altri termini un ruolo attivo di tutela di se stessi attraverso la segnalazione e l'intervento diretto a contrasto delle pratiche commerciali sleali che, ingannando circa un'origine o provenienza dei prodotti non 'semplice', ma addirittura 'certificata' e peculiare, o anche solo evocandola, finiscono al contempo per svilire la qualità dei prodotti che realmente si vorrebbero dotare di una speciale protezione⁸⁰.

⁷⁹ Questo emerge chiaramente dal combinato dei considerando n. 3 e n. 5 del Regolamento. In particolare, al considerando n. 5 viene ricordato come nella comunicazione della Commissione dal titolo «Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» la qualità dei prodotti agricoli dovrebbe «da un lato fornire ai produttori gli strumenti che consentano loro di identificare e promuovere meglio i prodotti aventi caratteristiche specifiche e, dall'altro, proteggere tali produttori dalle pratiche sleali».

⁸⁰ Ci si riferisce qui alla scelta politica, essendo chiaro che le disposizioni di cui alla Dir. 29/2005/CE, già richiamata, non possono trovare qui applicazione. Al considerando n. 10 della direttiva stessa si legge infatti che «la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore».

Ingenerando confusione, si comprime la libertà di scelta e di informazione dei consumatori, limitandone la consapevolezza al momento dell'acquisto, a danno principalmente dei produttori e degli agricoltori che hanno conseguito un particolare riconoscimento.

Le pratiche illecite e ingannevoli riguardanti le denominazioni di origine protette, le indicazioni geografiche protette e le specialità tradizionali garantite, in base al presente Regolamento, ed escluso il profilo penalistico in caso di contraffazione, restano qui affidate, da una parte, esclusivamente ad un controllo amministrativo attraverso l'autorità a ciò preposta, e dall'altra ai soli consorzi o gruppi di produttori per ciò che concerne la tutela privatistica.

Ciononostante appare chiara la possibilità per il consumatore di ottenere direttamente una tutela in caso di uso ingannevole di una denominazione di origine o di un'indicazione geografica in etichetta, siano queste protette oppure no, in quanto condotta che configura una pratica commerciale sleale⁸¹.

⁸¹ Questo in base al combinato degli artt. 5-6 della Direttiva sulle pratiche commerciali sleali, già citata.

CAPITOLO II

QUADRO NORMATIVO EUROPEO A FAVORE DEI CONSUMATORI

§ II.1 - Premessa

Di seguito, nell'ottica di delineare i confini comuni all'ordinamento italiano e all'ordinamento tedesco in materia di strumenti stragiudiziali a favore dei consumatori, ovvero della disciplina oggetto della presente ricerca, si effettuerà una panoramica delle principali norme comunitarie di riferimento, al fine di fornire un quadro generale degli istituti ivi previsti.

Appare opportuno anticipare che la trattazione delle Direttive esaminate non sarà approfondita, ma funzionale all'introduzione nel discorso delle norme peculiari dei due ordinamenti sopra richiamati.

Questa scelta è dettata, da un lato, dalla presenza di una già vastissima ed autorevole produzione scientifica in materia, alla quale non si ha la pretesa di poter apportare più di quanto non si trovi già nell'analisi puntuale delle disposizioni comunitarie effettuata da innumerevoli ed autorevoli commentatori; dall'altra, dalla volontà di concentrare l'attenzione e gli sforzi sulle soluzioni peculiari adottate dai due ordinamenti nazionali già ricordati.

§ II.2 - La Direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo

II.2.1 - Introduzione

Riguardo il tema della vendita dei beni, e relativa garanzia, hanno progressivamente assunto una grande rilevanza le fonti di diritto sovranazionali, dapprima quelle di diritto internazionale e, successivamente, quelle di diritto comunitario prima, e dell'Unione Europea poi⁸².

La costante emanazione di provvedimenti comunitari mira ad «un'armonizzazione lenta, ma costante» del diritto privato dei diversi Stati membri⁸³.

In tale ottica, la Direttiva 1999/44/CE del 25 maggio 1999⁸⁴, ampiamente oggetto di ricerca e commento da parte di

⁸² A tal proposito si ricorda la Convenzione di Vienna sui contratti di compravendita internazionale di beni mobili dell'11 aprile 1980, anche nota come CISG, resa esecutiva in Italia con la L. n. 765 dell'11 dicembre 1985, ed entrata in vigore il 1° gennaio 1988. Oltre alla Direttiva qui analizzata, appare opportuno segnalare anche la recente *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori*, COM(2008), 614 def., non ancora pubblicata, su cui si tornerà brevemente in seguito.

⁸³ Così E.M.LOMBARDI, *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Milano, 2010, p. 74.

⁸⁴ G.U.C.E. n. L 171 del 7 luglio 1999, p. 12 s.

numerosi ed illustri autori⁸⁵, costituisce uno strumento volto ad avvicinare le normative degli Stati membri in materia. Essa è

⁸⁵ Per un approfondimento, e senza pretesa di esaustività vista la mole di contributi, si rinvia a G.DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000; A.ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva n. 1999/44/CE «su taluni aspetti della della vendita e delle garanzie dei beni di consumo»*, in *Studium Iuris*, 2000, p. 260 s.; F.RUSCELLO, *Le garanzie post-vendita nella direttiva 1999/44/CE*, in *Annuario di diritto tedesco*, a cura di S.Patti, Milano, 2001, p. 155 s.; P.PARDOLESI, *La direttiva sulle garanzie nella vendita: ovvero di buone intenzioni e risultati opachi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 437 s.; P.CORAPI, *La direttiva 99/44/CE e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, p. 655 s. In argomento, si vedano inoltre, per un interessante dibattito a più voci: M.BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore della attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in *Contr. impr. Eur.*, 2000, n. 2, p. 403 s.; R.FADDA, *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, in *Contr. impr. Eur.*, 2000, n. 2, p. 410 s.; A.CIATTI, *L'ambito di applicazione rationae materiae della direttiva comunitaria sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, in *Contr. impr. Eur.*, 2000, n. 2, p. 433 s.; M.G.FALZONE CALVISI, *Garanzie legali nella vendita: quale riforma?*, in *Contr. impr. Eur.*, 2000, n. 2, p. 448 s.; R.CALVO, *L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, in *Contr. impr. Eur.*, 2000, n. 2, p. 463 s.; L.DELOGU, *I patti modificativi della responsabilità del venditore: la direttiva 1999/44/CE, l'odierno diritto italiano e le prospettive di riforma*, in *Contr. impr. Eur.*, 2000, n. 2, p. 489 s.; A.PINNA, *I termini nella disciplina delle garanzie e la direttiva 1999/44/CE sulla vendita dei beni di consumo*, in *Contr. impr. Eur.*, 2000, n. 2, p. 516 s.;

stata adottata, a norma dell'art. 95 del Trattato CE, – ora art. 26 TFUE –, per assicurare l'instaurazione del mercato interno. Tramite essa si è inoltre contribuito, a norma del par. 3, lett. a) dell'art. 153 del Trattato CE – ora par. 2, lett. a) dell'art. 169 TFUE –, al perseguimento di alcuni degli obiettivi previsti dal par. 1 dello stesso art. 153 – ora par. 1 dell'art. 169 TFUE –, al

G.AMADIO, *La «conformità al contratto» tra garanzia e responsabilità*, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, n. 1, p. 2 s.; C.M.BIANCA, *Consegna di aliud pro alio e decadenza dai rimedi per omessa denuncia nella direttiva 1999/44/CE*, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, n. 1, p. 16 s.; G.BONFANTE – O.CAGNASSO, *Risoluzione del contratto e «azione di esatto adempimento» quali strumenti di tutela del consumatore o dell'impresa?*, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, n. 1, p. 23 s.; L.CABELLA PISU, *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?*, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, n. 1, p. 34 s.; R.DE MATTEIS, *Il difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio*, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, n. 1, p. 46 s.; G.B.FERRI, *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, n. 1, p. 57 s.; P.GALLO, *La garanzia nella vendita di beni al consumo. Prospettive e riforma alla luce della direttiva 1999/44*, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, n. 1, p. 78 s.; A.LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44 CE e per la revisione della garanzia per i vizi nella vendita*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 1, 2001, p. 83 s. Per un ulteriore approfondimento sugli effetti dell'applicazione nell'ordinamento italiano, *ex plurimis*, fra i più autorevoli, si segnalano: A.ZACCARIA – G.DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo. Commento agli artt. 1519 bis – 1519 nonies del Codice Civile* Padova, 2002; C.BETTI (a cura di), *La vendita dei beni di consumo*, Milano, 2004; S.PATTI (a cura di), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, Milano, 2004; C.M.BIANCA (a cura di), *La vendita dei beni di consumo*, Padova, 2006.

fine di promuovere gli interessi dei consumatori e garantire agli stessi un livello elevato di protezione⁸⁶.

Tale disposizione mirava quindi ad essere, da un lato, «un provvedimento strumentale al funzionamento del mercato interno, rivolto in particolare ad eliminare gli ostacoli che si frappongono alla piena attuazione della libera circolazione delle merci, nonché all'effettiva instaurazione di un regime concorrenziale; dall'altro lato, e nel contempo, [...] ad assicurare la protezione dei consumatori, e segnatamente a tutelarne gli 'interessi economici', nonché a promuoverne il 'diritto all'informazione'»⁸⁷.

⁸⁶ Il richiamo a queste finalità si trova nel considerando n. 1 della Direttiva, nonché nel considerando n. 2, ove si precisa che «il mercato interno [...] implica che i consumatori [...] dovrebbero essere liberi di acquistare merci sul territorio di un altro Stato membro in base ad un livello minimo uniforme di norme eque che disciplinano la vendita dei beni di consumo». A tal proposito il considerando n. 4 esplicita la necessità di intervenire per garantire lo sviluppo del mercato interno, affermando che «in mancanza di un'armonizzazione minima delle regole relative alla vendita di beni di consumo, lo sviluppo della vendita di beni mediante nuove tecnologie di comunicazione a distanza rischia di essere ostacolato», così come il considerando n. 5, che ancora più chiaramente si esprime riguardo la necessità di armonizzare la normativa, dichiarando che «la creazione di una base legislativa minima comune in materia di diritto dei consumatori, applicabile a prescindere dal luogo di acquisto dei beni nella Comunità, rafforzerà la fiducia dei consumatori e permetterà loro di trarre il massimo profitto dal mercato interno».

⁸⁷ Così G.DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità*, cit., p. 2 s.

Tornando all'intento armonizzatore della norma, vi è da dire che risulta abbastanza chiaro già dal titolo stesso della Direttiva come questa intendesse intervenire solo «su taluni aspetti», tralasciandone molti altri relativi alla vendita di beni di consumo, fra i quali spiccano, ad esempio, la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale⁸⁸.

L'elemento centrale su cui si è invece posta l'attenzione del legislatore europeo è la non conformità al contratto dei beni consegnati ai consumatori, individuata al considerando n. 6 della Direttiva come il principale problema che i consumatori debbono affrontare in materia di compravendita.

La soluzione individuata è quella di rifarsi, in via presuntiva, al principio generale di conformità del bene al contratto⁸⁹.

Essendo tale principio conosciuto dalle varie tradizioni giuridiche nazionali si è ritenuto che potesse rappresentare una base comune, seppur non sufficiente in tutti gli Stati membri a garantire un livello minimo di protezione al consumatore. In quegli ordinamenti resta quindi la necessità di ulteriori norme

⁸⁸ Come peraltro espressamente affermato al considerando n. 6 della Direttiva, laddove si dichiara la volontà di lasciare al legislatore nazionale la regolamentazione degli ulteriori aspetti di questa materia.

⁸⁹ Da evidenziare come il concetto di bene conforme sia determinato attraverso criteri che richiamano quelli tradizionalmente associati nel *common law* alle *implied conditions*, già a partire dal *Sale of Goods Act*, del 1893, in quanto il bene deve *correspond with the description, be reasonably fit for such purpose* e avere *satisfactory quality*.

nazionali orientate ad integrare la tutela offerta ai consumatori dal principio generale, profilo comune individuato nella conformità del bene⁹⁰.

Si può ben affermare, quindi, che la Direttiva 99/44/CE, così come le altre in materia di contratti dei consumatori, prevede i requisiti minimi di protezione dei consumatori, permettendo, o auspicando in altri casi, il riconoscimento di ulteriori diritti, eventualmente presenti nei singoli ordinamenti nazionali e orientati ad assicurar loro un livello di tutela più elevato⁹¹.

II.2.2 - I rimedi offerti al consumatore

Come premesso, in questa sede ci si limiterà ad una trattazione sommaria della disciplina prevista dalla Direttiva, in virtù dell'oggetto principale della presente ricerca, il cui scopo è l'analisi degli strumenti stragiudiziali offerti al consumatore contro la falsa attribuzione dell'origine o della provenienza geografica in ambito agroalimentare.

⁹⁰ Questo emerge dal combinato dei considerando nn. 7 e 8 della Direttiva. Il legislatore comunitario, come già ricordato, nell'intento di costituire una base comune alle varie tradizioni giuridiche degli Stati membri, ha ricostruito l'ampia categoria di "bene conforme", ispirandosi all'art. 35 della Convenzione di Vienna del 1980.

⁹¹ Come previsto dall'art. 8 della Direttiva.

Tale scelta, che verrà approfondita nelle conclusioni del presente lavoro, è dettata da due ragioni: da un lato, la Direttiva in parola attribuisce dei diritti potestativi ai consumatori⁹², ma non prevede degli strumenti stragiudiziali in senso tecnico, ad eccezione della risoluzione⁹³; dall'altro

⁹² Per un'analisi più approfondita sul punto si rimanda a A.ZACCARIA – G.DE CRISTOFARO, *La vendita*, cit., p. 90, dove si afferma che la natura di tali diritti appare indubitabile. In dottrina vi sono pareri discordanti circa l'esercizio dei rimedi offerti dalla Direttiva, e quindi traslati in Italia nel Codice del Consumo. Vi è chi ha sostenuto che sia imprescindibile la proposizione di un'azione giudiziaria, come A.LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, a cura di M.Bin e A.Luminoso, in *Tratt. dir. comm. Galgano*, Padova, vol. XXXI, 2003, p. 40 e p. 101 s., anche se, come appare preferibile, a garanzia di una maggiore tutela dei consumatori altri hanno ritenuto che tali rimedi siano efficacemente esperibili mediante una dichiarazione unilaterale extragiudiziale rivolta al professionista dal consumatore. In tal senso, A.ZACCARIA – G.DE CRISTOFARO, *La vendita*, cit., p. 90 s. e L.GAROFALO, in L.Garofalo – V.Mannino – E.Moscati – P.M.Vecchi, *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, coordinato da L.Garofalo, Padova, 2003, p. 375.

⁹³ La riparazione, la sostituzione e la riduzione del prezzo sono diritti attribuiti ai consumatori acquirenti, ma non costituiscono uno strumento stragiudiziale per la soluzione della controversia, che potrà semmai ravvisarsi nella comunicazione con cui si richiede uno di questi rimedi, ovvero si esercita il diritto a ricevere un bene conforme e, in subordine, a vedersi ridurre il prezzo in maniera adeguata al vizio di conformità che questo presenti. Tutto ciò appare lampante laddove si consideri che questi rimedi sono espressamente riconosciuti come diritti e, a maggior ragione, ove si aggiunga l'ulteriore riflessione circa la non obbligatorietà per il consumatore

perché, trattandosi di rimedi, l'unica forma di tutela che garantiscono è posteriore alla consegna del bene, e non possono in nessun caso essere atti a contrastare le pratiche commerciali scorrette o ingannevoli poste in essere dai professionisti senza un previo acquisto⁹⁴.

di agire in via stragiudiziale per il riconoscimento degli stessi, potendo egli direttamente agire in sede giudiziaria, o comunque giungervi qualora alla richiesta stragiudiziale il venditore non adempia ai suoi obblighi. Sul punto, in linea con questa interpretazione, ovvero che sia sufficiente la mera formulazione di un'apposita richiesta, rivolta al professionista attraverso una dichiarazione stragiudiziale con cui il consumatore dichiara l'intenzione di avvalersi di uno dei rimedi previsti per ottenere un bene conforme attraverso la riparazione ovvero la sua sostituzione, si vedano A.LUMINOSO, *Appunti*, cit., p. 396; G.PISCIOTTA, *Scambio di beni di consumo e modelli codicistici di protezione dell'acquirente*, Napoli, 2003, p. 25. Dello stesso avviso anche L.IANNOTTA, in L.Garofalo – V.Mannino – E.Moscati – P.M.Vecchi, *Commentario*, cit., p. 349, che precisa come tale istanza non richieda una forma specifica.

⁹⁴ Di questo avviso anche V.MANNINO, *Questioni di diritto*, Milano, 2007, p. 179 s., che sottolinea come tra le varie criticità della nuova disciplina, già nel dibattito apertosi in sede di commento del provvedimento comunitario, sia stato rilevato un aspetto di importanza tutt'altro che secondaria, ovvero la qualificazione della nuova disciplina (e del connesso sistema di tutele indicato dall'art. 3 della Direttiva), laddove è prevista, in caso il bene consegnato non sia conforme, primariamente la richiesta della riparazione o sostituzione e, in subordine, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. L'autore quindi evidenzia come vi sia un orientamento che «allontanandosi dagli schemi tradizionali di *civil law*, propone (e non a torto) di 'leggere' la nuova normativa come strumento per

In generale, il portato della novella comunitaria è volto ad incrementare i rimedi esperibili dai consumatori in caso di difformità del bene di consumo, prevedendo che questi debbano essere maggiormente tutelati e potendo richiedere, senza ulteriori spese, la riparazione, la sostituzione, la riduzione del prezzo, oppure la risoluzione del contratto, così gerarchicamente ordinati⁹⁵.

attuare una 'strategia rimediale'». Affrontando il rapporto fra garanzia e sostituzione o riparazione dei beni, anche A.DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 6, tratta questi ultimi nell'ottica di una visione rimediale. Circa le caratteristiche del sistema rimediale, G.AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 901, in cui si legge: «Pluralità e gerarchia: in questi due termini possono compendiarsi le linee ispiratrici del legislatore comunitario, che provvede a predisporre un sistema articolato di mezzi di reazione al difetto di conformità».

⁹⁵ Questo emerge dalla lettura congiunta del considerando n. 11 e dell'art. 3 della Direttiva. Per la critica alla 'gerarchizzazione' dei rimedi si vedano, *ex plurimis*, H.W.MICKLITZ, *Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie*, in *EuZw*, 1999, p. 492, secondo il quale la gerarchizzazione dei rimedi costituirebbe una norma cogente di diritto comunitario; A.LUMINOSO, *Appunti*, cit., p. 119 s., che pur condividendo le critiche di quanti hanno osservato i rischi e le incoerenze determinate da una gerarchizzazione dei rimedi di tutela, considera l'opportunità di stabilire una priorità alla sostituzione e alla riparazione, rispetto alla risoluzione e alla riduzione del prezzo, attraverso la previsione di un concorso alternativo tra tali rimedi che sia idoneo a garantire lo scopo ultimo della tutela del consumatore, ma senza creare una rigida gerarchia. Anche G.BONFANTE – O.CAGNASSO, *Risoluzione*, cit., p. 30 s., criticano la scelta di stabilire una rigida gerarchia tra i rimedi, ponendo in rilievo come

Nel caso di difetto di conformità dei beni, ignorato dal consumatore al momento della consegna, egli può richiedere al venditore, in primo luogo, di riparare quel bene, ovvero di sostituirlo con altro conforme, senza che vi sia a suo carico alcuna spesa aggiuntiva.

Questi rimedi devono essere eseguiti in un ragionevole lasso di tempo, non meglio definito, e senza che da ciò derivino al consumatore notevoli inconvenienti, tenuto conto della natura del bene e dei motivi che lo hanno spinto all'acquisto dello stesso⁹⁶.

Vi è però un limite a tale diritto, posto anche a tutela del venditore. Qualora infatti i rimedi in parola siano oggettivamente impossibili, o richiedano comunque un esborso sproporzionato al valore del bene o al tipo di difetto riscontrato, e le eventuali ulteriori soluzioni alternative inidonee ad assicurare la realizzazione del diritto del consumatore senza che questi incorra in notevoli inconvenienti, il venditore può rifiutare di esperire tali rimedi.⁹⁷

una tale impostazione rischi di creare situazioni di disuguaglianza a danno del consumatore; G.SICCHIERO, *Le vendite speciali*, Padova, 2009, p. 117, sottolinea invece come la richiesta di riparazione o sostituzione del bene condizioni l'esperibilità della domanda di riduzione del prezzo o la risoluzione.

⁹⁶ Come si legge al terzo paragrafo dell'art. 3.

⁹⁷ Quello che si vuole qui tutelare è l'equilibrio fra le parti, l'art. 3 precisa infatti che «un rimedio è da considerare sproporzionato se impone al venditore spese irragionevoli in confronto all'altro rimedio».

Esclusivamente in questi casi, il consumatore può elettivamente optare quindi, in secondo luogo, per uno degli ulteriori rimedi previsti dalla Direttiva, ovvero chiedere la riduzione del prezzo o altresì optare per la risoluzione del contratto con conseguente diritto ad ottenere il rimborso del prezzo pagato.

Giova inoltre sinteticamente ricordare che, in tutti i casi, i rimedi prescindono dal dolo e dalla colpa del venditore⁹⁸.

Da un lato, la riparazione e la sostituzione eliminano il difetto di conformità e fanno conseguire al compratore un risultato acquisitivo equivalente a quello inizialmente desiderato, e sono pertanto qualificabili come rimedi ripristinatori; dall'altro riduzione del prezzo e risoluzione determinano rispettivamente una parziale estinzione dell'obbligazione pecuniaria gravante sul consumatore⁹⁹, ovvero lo scioglimento del rapporto contrattuale instauratosi con la vendita¹⁰⁰.

⁹⁸ G.DE CRISTOFARO, *Difetto*, cit., 128 s. Il legislatore comunitario ha ricostruito l'ampia categoria di 'bene conforme', nel caso in cui il bene ricevuto non presenti alcuna delle caratteristiche, qualità e requisiti necessari per poter essere considerato conforme al contratto indipendentemente dal dolo o dalla colpa del venditore e a prescindere dalla gravità del vizio.

⁹⁹ In concreto al consumatore viene riconosciuto il diritto di trattenere parte del prezzo, ovvero di pretenderne la restituzione.

¹⁰⁰ Da ciò deriva, per entrambe le parti, l'estinzione di tutti i diritti e i doveri conseguenti al contratto, ad eccezione dell'obbligo di restituzione di quanto ricevuto, ovvero il prezzo pagato al venditore, e il bene consegnato al consumatore.

Vi è da sottolineare infine come il legislatore europeo precisi che il diritto del consumatore a risolvere il contratto non si configura se il difetto di conformità è «minore»¹⁰¹.

§ II.3 - La Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali

II.3.1 - Introduzione

La Direttiva 2005/29/CE, d'ora in avanti semplicemente la 'Direttiva', emanata l'11 maggio 2005, e relativa alle c.d. «pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno», rappresenta un importante provvedimento volto ad armonizzare le legislazioni nazionali dei Paesi membri¹⁰².

¹⁰¹ Come stabilito al sesto paragrafo dell'art. 3. Il termine invero appare alquanto generico, e la sua definizione puntuale inevitabilmente lasciata ai legislatori nazionali, ovvero all'interpretazione delle corti caso per caso. Il legislatore italiano, sul punto, si è discostato dalla Direttiva, prevedendo la possibilità di risolvere il contratto anche in presenza di questi difetti minori. Per una trattazione più approfondita si rimanda a A.ZACCARIA – G.DE CRISTOFARO, *La vendita*, cit., p. 95.

¹⁰² G.U.U.E. n. L 149 dell'11 giugno 2005, p. 22 s., anche nota come «Direttiva sulle pratiche commerciali sleali».

Si precisa fin d'ora che, data la vastità della materia affrontata, in questa sede ci si limiterà, dopo questa breve introduzione relativa alla genesi e alla *ratio* della norma *de qua*, alla trattazione degli aspetti più salienti della novella solo per quel che concerne l'oggetto della presente ricerca¹⁰³.

¹⁰³ Per un commento approfondito della dottrina europea in materia si rimanda, *ex plurimis*, a AA.VV., *The forthcoming EC directive on unfair commercial practices*, a cura di H.Collins, The Hague, 2004; J.GLÖCKNER, *Europäisches Lauterkeitsrecht*, München 2006; J.MASSAGUER FUENTES, *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid, 2006; AA.VV., *The regulation of unfair commercial practices under EC directive 2005/29. New rules and new techniques*, a cura di Stephen Weatherill e Ulf Bernitz, Oxford – Portland, 2007; R.M.HILTY – F.HENNING-BODEWIG, *Law Against Unfair Competition. Towards a New Paradigm in Europe?*, Berlin – Heidelberg, 2007; B.KEIRSBILCK, *The new European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford, 2011; M.SCHMIDT-KESSEL – S.SCHUBMEHL, *Lauterkeitsrecht in Europa. Eine Sammlung von Länderberichten zum Recht gegen unlauteren Wettbewerb*, München, 2011. Per un'analisi orientata al recepimento della Direttiva in Italia, e senza pretesa di esaustività, AA.VV., *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di G.De Cristofaro, Torino, 2007; AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E.Minervini e L.Rossi Carleo, Milano, 2007; AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo: il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano*, a cura di G.De Cristofaro, Torino, 2008; AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette: attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE* a cura di A.Genovese, Padova, 2008; M.DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti*

nel *Codice del consumo*, Torino, 2008; L.C.UBERTAZZI, *Concorrenza sleale e pubblicità*, in P.G.Marchetti – L.C.Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di L.C.Ubertazzi, IV ed., Padova, 2008; A.F.GAGLIARDI, *Pratiche commerciali scorrette*, Torino, 2009; E.GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette: fattispecie e rimedi*, Milano, 2010. Per quel che concerne una trattazione organica del c.d. Codice del consumo, si rimanda, *ex plurimis*, a AA.VV., *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G.Alpa e L.Rossi Carleo, Napoli, 2005; AA.VV., *Codice del consumo*, a cura di G.Vettori, con la collaborazione di F.Addis, Padova, 2007; G.SCORZA, *I contratti del consumatore nel nuovo codice del consumo*, Padova, 2007; *I singoli contratti del consumo*, M.DONA, Torino, 2008; AA.VV., *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di E.Capobianco e G.Perlingieri, Napoli, 2009; D.BORSELLINO, [et al.], *D.Lg. 6 settembre 2005, n. 206. Codice del consumo*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di P.Cendon, Milano, 2010; *Codice del consumo*, a cura di Vincenzo Cuffaro, con il coordinamento di A.Barba e A.Barengghi, III ed., Milano, 2012; G.DE CRISTOFARO – A.ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori. (Codice del consumo e legislazione complementare)*, II ed., Padova, 2013. Per quanta riguarda i contributi in riviste, si segnalano P.BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *Contratti*, n. 10, 2005, p. 954-960; R.INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Dir. com. e scambi internaz.*, n. 2, 2006, p. 361-383; T.BROGGIATO, *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali*, in *Dir. banca mercato fin.*, vol. XX, 2006, p. 21-26; E.GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, n. 2, 2007, p. 173-178; L.G. VIGORITI, *Verso l'attuazione della Direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Eur. dir. priv.*, n. 2, 2007, p. 521-540; A.M.MANCALEONI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità*, in

Volendo sintetizzare i tratti caratterizzanti di tale provvedimento si può ben affermare che esso mira ad un'armonizzazione completa e generale delle varie disposizioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali, differenziandosi con ciò dalla prassi comunitaria, generalmente orientata ad un'armonizzazione minima¹⁰⁴.

In particolare, la Direttiva in parola fissa criteri immediatamente vincolanti in tutti gli Stati membri ai fini

Dir. Turismo, n. 4, 2007, p. 345-351; C.GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della Direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e Contratti*, n. 10, 2007, p. 776-784; G.DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori : il D. Legisl. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della Direttiva 2005/29/CE*, in *Studium Iuris*, vol. XIII, n. 11, 2007, p. 1181-1195; E.BATTELLI, *Le ragioni dell'intervento normativo e la prospettiva comunitaria sottesa alle nuove leggi*, in *Contratti*, n. 12, 2007, p. 1113-1121; P.BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, n. 1, 2008, p. 267-282; C.IURILLI, *Le vendite piramidali nella nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali : dal business to consumer al business to business (prima parte)*, in *Studium Iuris*, n. 6, 2008, p. 656-664, e *ib.*, (seconda parte), in *Studium Iuris*, n. 7/8, 2008, p. 792-796.

¹⁰⁴ Uno dei principali effetti di questo approccio era la libertà lasciata agli Stati membri di mantenere o introdurre disposizioni più restrittive in favore dei consumatori. Da questo dato emerge quindi come la volontà del legislatore non miri, in questo caso, a tutelare in via principale e prioritaria il consumatore, bensì l'omogeneità delle regole nel mercato. Su questo aspetto si tornerà a breve.

della valutazione della slealtà di una pratica commerciale, imponendone conseguentemente l'interruzione¹⁰⁵.

Solitamente, nelle direttive comunitarie a tutela dei consumatori, e come visto anche affrontando il tema della vendita dei beni di consumo, la presenza di norme nazionali ad essi più favorevoli tende a essere preservata, mentre in questo provvedimento, teso espressamente all'«armonizzazione completa», si ammette il mantenimento da parte dei singoli Stati membri di norme maggiormente restrittive a tutela del consumatore solo per un periodo transitorio¹⁰⁶.

¹⁰⁵ La dottrina appare concorde nel considerare questa Direttiva un tentativo di armonizzazione completa. Si vedano, *ex plurimis*, C.GRANELLI, *Le pratiche commerciali*, cit., p. 777 s.; E.GUERINONI, *La direttiva*, cit., p. 173 s.

¹⁰⁶ Si tratta di sei anni a decorrere dal 12 giugno 2007, periodo in cui «gli Stati membri possono continuare ad applicare disposizioni nazionali più dettagliate o vincolanti di quelle previste dalla presente direttiva nel settore da essa armonizzato, in attuazione di direttive contenenti clausole minime di armonizzazione. Tali misure devono essere essenziali al fine di assicurare un'adeguata protezione dei consumatori da pratiche commerciali sleali e devono essere proporzionate al raggiungimento di tale obiettivo». Si veda in tal senso il quinto paragrafo dell'art. 3. Si evidenzia qui come decorso detto termine la Commissione abbia avviato procedimenti di infrazione per omessa trasposizione della direttiva contro sei Stati membri. Quattro di questi sono stati cancellati dal ruolo per avvenuta trasposizione, ovvero C-270/08, Commissione c. Ungheria; C-283/08, Commissione c. Paesi Bassi; C-284/08, Commissione c. Regno Unito; C-326/08, Commissione c. Repubblica federale tedesca, mentre gli altri due procedimenti si sono conclusi con una condanna, ovvero 5 febbraio 2009, in C-282/08, Commissione c. Lussemburgo e 23 aprile

Peraltro, già nella proposta di Direttiva, al paragrafo 48, si legge che «il divieto generale costituisce l'elemento essenziale della Direttiva che permette di realizzare l'armonizzazione necessaria ai fini del superamento degli ostacoli al mercato interno e conseguire un elevato livello comune di tutela. Tale risultato verrà raggiunto sostituendo le clausole generali nazionali vigenti in materia di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori e introducendo criteri più precisi rispetto a quelli contenuti nelle clausole generali nazionali per determinare ciò che è sleale. Se non fosse previsto un divieto generale, gli Stati membri potrebbero continuare ad applicare le rispettive divergenti clausole generali pregiudicando l'effetto armonizzante della Direttiva».

2009, in C-321/08, Commissione c. Regno di Spagna. Per quanto riguarda il richiamo all'«armonizzazione completa» si veda il considerando n. 14, mentre il successivo considerando, contrariamente a quanto appena visto per quel che concerne le normative nazionali esistenti o future, afferma che «qualora gli Stati membri abbiano introdotto informazioni aggiuntive rispetto a quanto specificato nel diritto comunitario, sulla base delle clausole minime, l'omissione di tali informazioni non costituisce un'omissione ingannevole ai sensi della presente direttiva. Di contro, gli Stati membri, se consentito dalle clausole minime presenti nella legislazione comunitaria, hanno facoltà di mantenere o introdurre disposizioni maggiormente restrittive, conformemente alla normativa comunitaria, per garantire un livello più elevato di tutela dei singoli diritti contrattuali dei consumatori».

Quest'ultima prende spunto inoltre, come spesso avviene in ambito europeo, anche dalle considerazioni precedentemente svolte dalla Commissione Europea nei c.d. Libri Verdi¹⁰⁷.

Nello specifico, tale norma muove dalle premesse contenute nel Libro Verde sulla comunicazione commerciale nel mercato interno presentato dalla Commissione¹⁰⁸, così come

¹⁰⁷ Su come dai Libri Verdi spesso traggano origine i successivi sviluppi legislativi comunitari si veda E.MINERVINI, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E.Minervini e L.Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 30.

¹⁰⁸ Dell'8 maggio 1996, COM. (1996) 192 def. Per un approfondimento sul punto, *ex plurimis*, F.HENNING-BODEWIG, *Das Grünbuch der EU-Kommission über die "Kommerziellen Kommunikationen"*, in *GRUR*, 1997, p. 515; G.SCHRICKER – F.HENNING-BODEWIG, *Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union*, in *WRP*, 2001, p. 1367, e p. 1378 s. Tale documento sottolineava principalmente la necessità di conferire un ruolo centrale alla corretta informazione del consumatore avendo particolare riguardo, come si evince dal titolo, alla correttezza delle comunicazioni commerciali ad esso rivolte. Inoltre veniva evidenziata l'esigenza di adottare criteri precisi ai fini della valutazione dell'adequatezza delle misure adottate dai singoli Paesi membri al fine della repressione dei comportamenti idonei a falsare il comportamento del consumatore e, *lato sensu*, del mercato. Viene infine posto l'accento sulla necessità di osservare le c.d. 'reazioni a catena' che l'introduzione di eventuali misure, nazionali o comunitarie, possono provocare fra tutti gli attori del mercato – utenti, fornitori e vettori – al fine di valutare l'adequatezza di tali norme per quello che è lo scopo della misura stessa.

Il Libro Verde poi introduce un termine estraneo in precedenza alle categorie giuridiche tradizionali, ovvero la 'comunicazione commerciale', definita come «ogni forma di comunicazione volta a

dal Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea del 2001¹⁰⁹.

promuovere i prodotti, i servizi, o l'immagine dell'impresa stessa presso i consumatori finali e/o i distributori», estesa «a tutte le forme di pubblicità, marketing, promozione delle vendite e relazioni pubbliche». A tal proposito si veda E.MINERVINI, *Le pratiche commerciali*, cit., p. 2. Vi è invero da segnalare per completezza come tale espressione, seppur con connotati diversi, prima che nella Direttiva in esame fece la sua comparsa all'art. 2, lett. f) della Dir. 2000/31/CE, in materia di commercio elettronico, ove le comunicazioni commerciali erano definite come «tutte le forme di comunicazione destinate, in modo diretto o indiretto, a promuovere beni, servizi o l'immagine di un'impresa, di un'organizzazione o di una persona che esercita un'attività commerciale, industriale, artigianale o una libera professione». Tornando al Libro Verde, la Commissione aggiungeva peraltro che la comunicazione commerciale costituisce «un potente fattore d'integrazione dei mercati nazionali» e perciò il suo corretto utilizzo deve essere tutelato ed incentivato. Da ultimo, giova ricordare quanto affermato dal Libro Verde nella sintesi riguardante la valutazione di un intervento comunitario in materia, ovvero che: «i risultati degli studi indicano che l'obiettivo del mercato interno potrebbe per il momento non essere realizzato per quanto riguarda la comunicazione commerciale. Le differenze sostanziali riscontrate tra i diversi provvedimenti adottati a livello nazionale e le potenziali barriere che essi frappongono alle attività transfrontaliere sono dovute a diverse ragioni. È lecito attendersi che tali divergenze persistano con l'intensificazione della comunicazione commerciale transfrontaliera favorita dall'avvento della società dell'informazione e che si presenti quindi il rischio di reazioni contrastanti in materia di regolamentazione, che giustificherebbero la necessità di un'azione comunitaria».

¹⁰⁹ Del 2 ottobre 2001, *COM (2001) 531 def.* In questo documento appaiono i tratti salienti della futura Direttiva sulle Pratiche

In quest'ultimo *Green Paper* si rappresentava una situazione normativa molto frammentata, a fronte della quale è intervenuta la novella, con un approccio misto, contenente regole generali e, quando necessario, regole specifiche. Con questa Direttiva infatti «è iniziato un approccio 'orizzontale'

commerciali sleali. Da un lato l'azione comunitaria si orienta verso una tutela generale contro ogni tipo di pratica sleale, ivi inclusa l'informazione sleale, messa in atto dalle imprese nei confronti dei consumatori. Dall'altro, assume rilievo la disciplina degli interessi economici dei consumatori, fatta eccezione, fondamentalmente, per i settori della salute e sicurezza dei consumatori ai fini della tutela dei consumatori nel mercato interno. Viene poi prospettata la creazione di un sistema normativo in grado di realizzare un elevato livello di protezione degli interessi economici ora ricordati e, contestualmente, si pone in risalto come questo potrebbe avere un effetto di riduzione dei costi per l'economia in generale. Nello stesso Libro verde si è posta la base per una direttiva a carattere generale che disciplinasse la concorrenza, in particolare destinata a disciplinare i rapporti tra professionisti e consumatori, e fondata sulla «correttezza del comportamento commerciale», intesa come clausola generale, che fosse da garantire tanto nella fase precedente, quanto in quella successiva alla stipulazione del contratto. In particolare rilevavano ai fini della correttezza la comunicazione di informazioni e l'astensione da comportamenti ingannevoli ovvero indebitamente condizionanti. A tal fine risultava necessario adottare provvedimenti anche nel campo del marketing. Da ultimo si riteneva fondamentale l'individuazione di un obbligo generale di fornire al consumatore quelle informazioni che si rendono essenziali al fine di assumere una decisione commerciale consapevole, facendo conseguentemente sorgere in capo al professionista l'obbligo di fornirle con misure e tempistiche chiare ed adeguate.

maggiormente integrato, ora preso a paradigma dei nuovi interventi comunitari in materia»¹¹⁰.

L'opportunità di procedere con tale approccio è ribadita anche al considerando n. 12, che sottolinea come «dall'armonizzazione deriverà un notevole rafforzamento della certezza del diritto, sia per i consumatori sia per le imprese, che potranno contare entrambi su un unico quadro normativo fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali nell'UE. In tal modo si avrà l'eliminazione degli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme sulle pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori e la realizzazione del mercato interno in questo settore».

La *ratio* appare dunque il contribuire «al corretto funzionamento del mercato interno» nonché, in virtù di quanto previsto dal già citato articolo 153 del Trattato CE – ora art. 169 TFUE –, «al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori» dall'altro¹¹¹.

Infatti, come ricordato in precedenza, la Direttiva nasce dall'esigenza di armonizzare la normativa a livello comunitario in un settore caratterizzato da differenze notevoli tra i vari Stati membri, differenze che possono tradursi in distorsioni

¹¹⁰ Così L.G.VIGORITI, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E.Minervini e L.Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 351, riprendendo a sua volta il *Libro Verde* sulla *Revisione dell'acquis in materia di protezione dei consumatori*, dell'8 febbraio 2007, COM (2006) 744 def.

¹¹¹ In tal senso la Direttiva stessa, all'art. 1.

della concorrenza, ed è orientata a promuovere la libera circolazione delle merci e dei servizi, nonché la libertà di stabilimento, attraverso lo sviluppo di pratiche commerciali leali all'interno dello Spazio Economico Europeo.

Vi è invero da chiarire subito che la regolazione del mercato appare come il reale presupposto e scopo della Direttiva, da raggiungersi anche mediante la tutela del consumatore.

Proprio tale obiettivo giustifica il già ricordato riferimento all'art. 153 del Trattato CE – ora art. 169 TFUE – nel primo considerando della Direttiva, poiché l'ambito di applicazione della stessa corrisponde essenzialmente e sostanzialmente alle sole pratiche commerciali direttamente lesive degli interessi economici dei consumatori, e non già di quelli dei concorrenti o dei professionisti¹¹².

Anche la previsione di cui al secondo comma dell'art. 11 della Direttiva, ovvero l'attribuzione in capo ai concorrenti della legittimazione ad agire, rientra semplicemente fra i «mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche

¹¹² Tale richiamo nel considerando n. 1 è stato inserito solo in sede di emendamenti della Proposta di Direttiva presentata dalla Commissione nel 2003. Inizialmente l'unico riferimento era all'allora art. 95 CE, riguardante la realizzazione del mercato comune. Da segnalare anche che al considerando n. 8 si precisa che la Direttiva tutela direttamente gli interessi dei consumatori e quindi «indirettamente le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste dalla presente direttiva». In tal senso si veda, ad esempio, AGCM, provv., n. 18998, PS804, del 16 ottobre 2008, in Boll. n. 39/2008.

commerciali sleali» che gli Stati membri devono assicurare «al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni [...] nell'interesse dei consumatori».

Da segnalare come, in tal senso e ai fini della presente ricerca, la legittimazione ad agire sia stata riconosciuta anche alle «organizzazioni che secondo la legislazione nazionale hanno un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali».

Da ultimo, appare opportuno indicare che la Direttiva è stata recepita in Italia dal D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 146¹¹³, mentre in Germania è confluita nel *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, ovvero la legge tedesca contro la concorrenza sleale¹¹⁴.

II.3.2 - Ambito di applicazione

Le pratiche commerciali sleali, realizzate dalle imprese nei confronti dei consumatori e poste in essere «prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto»¹¹⁵,

¹¹³ In *G.U.* n. 207 del 6 settembre 2007. In particolare ha sostituito gli artt. 18-27 del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, ovvero del Codice del Consumo.

¹¹⁴ La modifica è stata introdotta dal *Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb* del 22 dicembre 2008.

¹¹⁵ Così il primo paragrafo dell'art. 3 della Direttiva.

sono, come abbiamo visto, la materia oggetto dell'armonizzazione stabilita dalla Direttiva.

Tali pratiche, come definite all'art. 1 della Direttiva, sono quelle che pregiudicano in forma diretta gli interessi economici dei consumatori.

Fra queste rientrano azioni, omissioni, condotte o dichiarazioni, comunicazioni commerciali, ivi compresi la pubblicità e il marketing, poste in essere da un professionista, e direttamente connesse alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori, sia di beni che di servizi, inclusi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni¹¹⁶.

Le pratiche commerciali sono quindi state definite in termini obbiettivi e funzionali, in particolare mediante una indicazione delle attività in cui possono consistere e la loro ulteriore individuazione per mezzo della precisazione del loro effetto pratico o funzione, ovvero il rapporto diretto con la promozione del prodotto, la sua vendita o somministrazione.

In tal senso non si deve attribuire nessuna rilevanza all'intenzione, alla finalità o al proposito pratico perseguito con la realizzazione dei comportamenti stessi, fra cui in particolare il perseguimento di un lucro.

Il primo paragrafo dell'art. 3 della Direttiva trova applicazione per le pratiche commerciali realizzate dalle imprese, ragion per cui si può affermare che i destinatari delle norme siano in primo luogo i soggetti che svolgono attività d'impresa.

¹¹⁶ Questo in base al combinato della lett. c) e lett. d) dell'art. 2.

In particolare, la lett. b) dell'art. 2 della Direttiva individua la nozione di «professionista»¹¹⁷, ovvero il soggetto attivo, sia esso persona fisica o giuridica, che pone in essere tali pratiche con una finalità legata alla sua attività economica, ovvero «nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista».

Per rientrare nell'ambito normativo previsto dalla Direttiva l'operazione deve coinvolgere un ulteriore soggetto, ovvero il «consumatore»¹¹⁸, definito dalla lett. a) dell'art 2 come «qualsiasi persona fisica che [...] agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale».

Perché tale disciplina trovi applicazione, è altresì necessario che le pratiche commerciali creino un pregiudizio diretto agli interessi economici del consumatore e che siano tali da «falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori» stessi, ovvero che siano idonee «ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»¹¹⁹.

¹¹⁷ Nel testo tedesco si tratta di «*Gewerbetreibender*».

¹¹⁸ Nella versione in lingua tedesca indicato come «*Verbraucher*».

¹¹⁹ Così la lett. e) dell'art. 2. Anche dalla lettura combinata dei considerando nn. 6 e 7 della Direttiva si evince come essa riguardi «le pratiche commerciali il cui intento diretto è quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative a prodotti» e siano come tali in grado di influenzarne il

Fatte queste premesse, per completezza appare opportuno soffermarsi analiticamente, e senza approfondire gli aspetti non rilevanti ai fini della presente ricerca, sulla struttura della Direttiva¹²⁰.

In primo luogo, oltre alle disposizioni generali già viste, la Direttiva, al primo paragrafo dell'art. 5, pone a carico dei professionisti un divieto generalizzato di porre in essere pratiche commerciali «lesive degli interessi economici dei consumatori» tali da essere qualificate come «sleali».

In secondo luogo, negli artt. 5-9, individua in modo analitico i criteri in base ai quali procedere alla valutazione del carattere «sleale» di una pratica commerciale, indicando i parametri da cui stabilire se questa sia 'leale', ovvero ammissibile nel mercato comune.

I criteri per compiere questa valutazione sono dettati da una nozione generale di pratica commerciale sleale, prevista dal secondo paragrafo dell'art. 5, che potremmo considerare residuale, e da due ulteriori fattispecie, quelle definite «ingannevoli», previste dagli artt. 6 e 7, e quelle indicate come «aggressive» *ex* artt. 8 e 9.

comportamento limitando la loro capacità di prendere una decisione consapevole.

¹²⁰ Da un punto di vista prettamente analitico, questa consta di un preambolo, costituito da venticinque considerando, ventuno articoli e due Allegati, e i suoi precetti sono divisi in quattro capitoli, dedicati rispettivamente alle disposizioni generali, alle pratiche commerciali sleali, ai codici di condotta e ai rimedi e alle sanzioni, così come alle modifiche di alcune direttive le cui discipline risultano collegate alla Direttiva in parola.

A queste si aggiunge la c.d. *black list*, prevista dal quinto paragrafo dell'art. 5, in cui sono individuate le pratiche «considerate in ogni caso sleali», il cui elenco tassativo, ed immediatamente vincolante per i Paesi membri, si trova allegato alla Direttiva, cosa insolita per un provvedimento di questa natura, come già evidenziato *supra*.

In terzo luogo, agli artt. 11-13, la Direttiva prevede che gli Stati membri predispongano di mezzi idonei per prevenire e reprimere le pratiche commerciali sleali, auspicando l'introduzione di sanzioni adeguate ed efficaci a contrastare l'insorgere di queste pratiche.

In ultimo luogo, agli artt. 14-16 vengono trattate le modifiche ad altre direttive collegate alla materia regolata dalla disposizione *de qua*, mentre negli artt. 17-21 sono regolati aspetti tecnico- pratici della Direttiva, quali l'obbligo di informare i consumatori sulle norme di recepimento della stessa, le previsioni sulla sua revisione, e quelle sul recepimento, l'entrata in vigore e i destinatari.

Da evidenziare, al termine di questa brevissima panoramica sulla Direttiva, come le pratiche commerciali in grado di pregiudicare la salute e la sicurezza dei consumatori non rientrino nel novero delle sue finalità, e restino pertanto escluse dal suo ambito di applicazione se esse non pregiudicano congiuntamente anche gli interessi economici di questi ultimi¹²¹.

¹²¹ Questa eventualità era già considerata anche nel *Libro Verde sulla tutela dei consumatori* del 2001, a tal proposito si richiama *supra*, nt. 109, p. 70. In dottrina, cfr. J.MASSAGUER FUENTES, *El nuevo*

In conclusione merita un richiamo di quanto espresso nel considerando n. 10, laddove, nonostante il carattere generale introdotto dalla disciplina, si afferma che «è necessario garantire un rapporto coerente tra la presente direttiva e il diritto comunitario esistente, soprattutto per quanto concerne le disposizioni dettagliate in materia di pratiche commerciali sleali applicabili a settori specifici. [...] Di conseguenza, quanto disposto dalla presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore e vieta ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti», il che sembrerebbe quasi attribuire alla norma un carattere residuale, se non altro sotto il profilo logico-sistematico.

derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales, in Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n. 13, 2006, p. 15.

II.3.3 - Le pratiche commerciali ingannevoli

Fra le pratiche commerciali sleali rientrano le pratiche commerciali ingannevoli, nel cui ambito ve ne sono alcune di notevole interesse ai fini della presente ricerca¹²².

La Direttiva considera ingannevoli non solo le pratiche che possono considerarsi tali *stricto sensu*, ovvero quelle in grado di indurre in errore il consumatore riguardo a elementi rilevanti ai fini dell'assunzione di una decisione di natura commerciale¹²³, ma anche quelle pratiche che, creando confusione, sono in grado di «indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»¹²⁴.

¹²² Accanto alla norma di carattere speciale introdotta dall'art. 6 della Direttiva, in particolare alla lett. b) del primo paragrafo in cui viene menzionata, fra le caratteristiche principali del prodotto rilevanti ai fini della scelta del consumatore, «l'origine geografica o commerciale», anche nella c.d. *black list*, cui il già citato quinto comma dell'art. 5 rimanda, si trovano incluse pratiche strettamente attinenti allo scopo della presente ricerca, ovvero quelle indicate al n. 2 e al n. 13 dell'Allegato, su cui si tornerà in seguito.

¹²³ Il primo paragrafo dell'art. 6 fa rientrare fra queste le pratiche che in qualunque modo, compresa la presentazione complessiva del prodotto, possono trarre in inganno il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, inducendolo a compiere una scelta di mercato che altrimenti non avrebbe preso.

¹²⁴ Così il secondo paragrafo dell'art. 6. Nell'ordinamento italiano la definizione delle pratiche commerciali ingannevoli è stata inserita nell'art. 21 del Codice del Consumo, effettuando una trasposizione

Un'informazione è falsa, e pertanto non veritiera, quando non trova corrispondenza nella realtà. L'utilizzo di un tale tipo di informazione in una pratica commerciale è di per sé illegittimo, senza che vi sia la necessità di stabilire se possa indurre in errore il consumatore o meno, ma per rientrare nell'ambito della disciplina di cui si tratta, essa sarà da ritenersi ingannevole, e pertanto sleale, solo ove riguardi uno degli aspetti considerati rilevanti dalla Direttiva, ed in particolare l'idoneità ad influire sulle condotte d'acquisto dei consumatori.

Detto in altri termini, dal portato della Direttiva si deduce che la trasmissione di informazioni non veritiere costituisce una pratica illecita a prescindere «dal suo inquadramento nell'area del dolo *causam dans* o del dolo incidente e dall'estremo dell'*animus nocendi*»¹²⁵, essendo chiaro l'obiettivo del legislatore comunitario di proteggere il consumatore da ogni tipo di pratica commerciale non corrispondente al vero in quanto tale, e questo indipendentemente dalla configurabilità di un eventuale dolo da parte del professionista.

A tal proposito, vengono ricomprese nella definizione anche quelle informazioni effettivamente corrispondenti alla realtà, ovvero esatte e obbiettivamente corrette, che possono

letterale della norma comunitaria. In tal senso, *ex plurimis*, L.C.UBERTAZZI, *Concorrenza sleale*, cit., p. 330.

¹²⁵ Sul punto, R.CALVO, *Le pratiche commerciali "ingannevoli"*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008, 210 s.

tuttavia trasmettere una rappresentazione distorta della realtà stessa o ingenerare aspettative infondate.

In tal senso, non assume rilevanza la veridicità dell'informazione in sé considerata e quindi comunicata ai consumatori, bensì l'effettiva corrispondenza della realtà con le aspettative che suscita nei destinatari¹²⁶.

Per determinare quella che potrebbe essere l'aspettativa del consumatore bisogna far riferimento da un lato alle circostanze interne ed esterne relative all'informazione, nonché al mezzo di diffusione utilizzato, dall'altro si dovrà considerare il soggetto consumatore, ovvero il tipo di consumatore o destinatario della comunicazione, generalmente inteso come il consumatore medio, oppure il membro medio di quel gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili a cui

¹²⁶ Così, definendo l'ingannevolezza di una pratica, ancorché prima dell'emanazione della direttiva, la sentenza della Corte di Giustizia Europea, nella causa C-220/98, (*Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG contro Lancaster Group GmbH*), in *G.U.C.E.*, n. C 79 del 18 marzo 2000, p. 1, che, chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità delle norme nazionali di importazione e commercializzazione in tema di prodotti cosmetici nella cui denominazione figurava il termine «*lifting*», ha affermato come «nelle circostanze del caso di specie, un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto» può essere «indotto in errore da detta denominazione, ritenendo che essa attribuisca al prodotto caratteristiche che non possiede», aggiungendo poi che «spetta al giudice nazionale pronunciarsi sull'eventuale carattere ingannevole della denominazione, facendo riferimento all'aspettativa presunta di detto consumatore», eventualmente ricorrendo addirittura ad un «sondaggio di opinioni».

l'informazione è trasmessa e il cui comportamento economico potrebbe essere distorto in una maniera razionalmente prevedibile da parte del professionista¹²⁷, si pensi, ad esempio, ai minori.

Appare opportuno, dopo aver escluso la rilevanza del dolo, inquadrare il tipo di illecito che queste pratiche configurano. Le pratiche commerciali ingannevoli configurano senza dubbio un illecito di pericolo, e questo si desume chiaramente dalla lettera dell'art. 6 della Direttiva, laddove si precisa che «è considerata ingannevole una pratica commerciale che [...] inganni o possa ingannare il consumatore medio [...] e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso». Questo determina che sia irrilevante, ai fini della sussistenza di questa fattispecie, la realizzazione concreta della potenzialità lesiva della stessa, essendo sufficiente l'induzione all'acquisto, o l'idoneità a compromettere la libertà di scegliere con consapevolezza del consumatore¹²⁸.

¹²⁷ Cfr. J.MASSAGUER FUENTES, *El nuevo derecho*, cit., p. 17.

¹²⁸ H.APOSTOLOPOULOS, *Das europäische Irreführungsverbot: Liberalisierung des Marktgeschehens oder Einschränkung für die Anbieterseite?*, in *GRUR Int.*, n. 54, 2005, p. 292, il quale, conformemente a questa interpretazione, precisa come nelle previsioni del legislatore comunitario siano state ritenute centrali la libertà e la consapevolezza delle decisioni del consumatore come oggetto della tutela della presente disciplina. Va evidenziato che, come sopra ricordato, la della tutela diretta degli interessi dei consumatori assurge ad un ruolo centrale in quanto contribuisce alla

Per quanto invece attiene la *ratio* della norma emerge la novità, nella scelta del legislatore sovranazionale, di prevedere una disciplina unitaria a prescindere dalla natura dei prodotti o delle pratiche materialmente poste in essere dal professionista, così come del ricorso da parte di quest'ultimo all'utilizzo di specifici mezzi di veicolazione dell'informazione commerciale¹²⁹.

Accanto a queste pratiche 'attive', trovano una loro collocazione nella Direttiva anche quelle omissive.

Il primo paragrafo dell'art. 7 infatti disciplina le omissioni ingannevoli adottando una definizione delle stesse essenzialmente speculare a quella data per le pratiche commerciali ingannevoli previste all'art. 6, e la cui unica differenza è data dall'inerzia e dall'omissione di informazioni nel primo caso, e dall'attività e dall'azione nel secondo¹³⁰.

corretta circolazione dei prodotti nel mercato, costituendo quindi indirettamente uno strumento di tutela anche per i concorrenti pregiudicati dall'altrui ricorso a pratiche commerciali sleali.

¹²⁹ Si veda, in questo senso, F.HENNING-BODEWIG, *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, in *GRUR Int.*, n. 54, 2005, p. 630.

¹³⁰ Ferma restando l'impostazione generale, così come le pratiche contrastate, da un lato è punita una pratica commerciale che «contenga informazioni false» su informazioni rilevanti, mentre dall'altra lo è una pratica che «ometta» *in toto* queste informazioni rilevanti. Di contro, in entrambi i casi, l'elemento chiave dirimente è la capacità dell'azione o dell'omissione di ingenerare confusione, falsando la capacità critica e di autodeterminazione dei consumatori nella scelta di un prodotto.

Di maggior impatto il secondo comma dell'art. 7, laddove prevede che «una pratica commerciale è altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti [...] o non indica l'intento commerciale della pratica stessa, qualora non risultino già evidenti dal contesto e quando, in uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

In queste ipotesi l'eventuale aspettativa del consumatore, imputabile all'omissione, non rileva. Detto in altri termini, il divieto di porre in essere omissioni ingannevoli non deriva tanto dal rischio che il consumatore maturi una decisione fondata su un'errata percezione della realtà, quanto direttamente che l'adotti partendo da una limitata informazione sostanziale comunicata dal professionista, nonostante non possa essere stato tratto in errore dall'informazione omessa¹³¹.

¹³¹ Intendendo con informazioni sostanziali quelle effettivamente necessarie al fine di poter prendere una decisione commerciale in piena consapevolezza. In tal senso J.MASSAGUER FUENTES, *El nuevo derecho*, cit., p. 23.

II.3.4 - Le pratiche commerciali in ogni caso sleali

Dato il lungo elenco di pratiche rientranti in questa categoria, e vista la loro specificità, in questa sede ci si limiterà ad affrontare le sole attinenti allo scopo della presente ricerca, ovvero quelle di cui ai nn. 2 e 13 dell'Allegato alla Direttiva¹³².

Questa scelta è in parte conseguente all'approccio normativo seguito dal legislatore europeo, il quale ha optato per una definizione puramente casistica delle fattispecie,

¹³² La c.d. *black list* consta infatti di 31 pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli. In dottrina invero vi sono posizioni divergenti circa il fatto che queste siano in ogni caso sempre ingannevoli, senza la necessità di una effettiva valutazione circa il carattere eventualmente decettivo della singola pratica, oppure se queste siano immediatamente applicabili ai casi concreti, e quindi sempre vietate, senza che vi sia un giudizio su elementi fattuali concretizzanti la pratica stessa, ovvero se questa abbia effettivamente la capacità di influenzare il consumatore o, ad esempio, se il produttore abbia comunque operato secondo diligenza professionale. La Corte di Giustizia sembra preferire la seconda lettura della Direttiva. In tal senso, G.DE CRISTOFARO, *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali. Commento alla sentenza della Corte di Giustizia CE, sez. I, del 23 aprile 2009, cause C-261/07 e C-299/07*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 1061 s. A favore invece della prima lettura si veda, *ex plurimis*, M.LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008, p. 37 s.

dettagliando minuziosamente le pratiche censurate, per lo più fra loro completamente indipendenti, ed elencandole puntualmente al fine di ridurre quanto più possibile l'interpretazione delle corti nazionali nell'applicazione della disciplina stessa.

La Direttiva inoltre premette, nel suo considerando n. 14, come sia «auspicabile che nella definizione di pratiche commerciali ingannevoli rientrino quelle pratiche, tra cui la pubblicità ingannevole, che inducendo in errore il consumatore gli impediscono di scegliere in modo consapevole e, di conseguenza, efficiente»¹³³.

In linea generale, si osserva come la repressione della slealtà delle pratiche qui rubricate non dipende dalla sussistenza delle circostanze previste dalla norma sulle pratiche ingannevoli di cui all'art. 6 della Direttiva, poiché a tal fine non assume particolare rilevanza l'eventualità che una di queste pratiche sia in grado di condizionare la libertà di scelta del consumatore. O meglio, nell'intenzione del legislatore per questi casi tassativamente elencati si sarebbe dovuto evitare di incorrere in tutte quelle problematiche relative alla valutazione degli elementi necessari alla configurazione della fattispecie, come invece prevista nella

¹³³ Vi è chi sostiene, V.MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A.Genovese, Padova 2008, p. 87, che in realtà le pratiche commerciali ingannevoli «altro non sono che la pubblicità ingannevole», o almeno che questa sia l'interpretazione che se ne desume analizzando le decisioni dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

definizione generale, mentre in realtà l'introduzione nell'elenco di cui all'Allegato di alcuni riferimenti, quali da esempio le locuzioni «tempo sufficiente», «fuorviare deliberatamente», «l'esistenza di ragionevoli motivi», «equivalente ragionevole», hanno comunque portato alla necessità di esprimere, in sede di contestazione o accertamento, un giudizio di valutazione per la configurabilità degli estremi previsti dai singoli casi¹³⁴.

Pertanto, il ricorso alla valorizzazione di alcuni elementi comporta l'elaborazione di giudizi che si avvicinano molto a quelli richiesti per verificare l'effettiva possibilità di influenzare la condotta dei consumatori¹³⁵.

Fra le pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli ne rientrano alcune che incarnano presupposti classici di condotte ingannevoli, come l'esibire un marchio di fiducia, o di qualità oppure altro equivalente in mancanza della necessaria autorizzazione¹³⁶.

Da un'analisi della lettera di quanto previsto al punto n. 2 dell'Allegato alla Direttiva, si può infine concludere che,

¹³⁴ Gli esempi si riferiscono alle pratiche di cui all'Allegato, in particolare al n. 5, il n. 6, lett. b), il n. 7 ultimo capoverso e il n. 13.

¹³⁵ Per un approfondimento su quanto qui espresso J.MASSAGUER FUENTES, *El nuevo derecho*, cit., p. 21.

¹³⁶ Così il già ricordato n. 2 dell'Allegato. Vi è da aggiungere che appare irrilevante il fatto che l'autorizzazione non sia mai stata richiesta, sia stata respinta, o anche successivamente revocata ovvero scaduta. In ambito di centri di Assistenza Tecnica Autorizzata e rete post-vendita nel settore degli elettrodomestici si veda, a tal proposito, AGCM, *provv. 18998*, cit., *supra*, nt. 112, p. 73.

anche laddove il prodotto presenti oggettivamente le stesse caratteristiche e le stesse qualità di un altro prodotto, la mera assenza di un'autorizzazione o certificazione da parte di un ente terzo, sia esso pubblico o privato, rende l'utilizzo del marchio ingannevole e confusorio per il consumatore, ed è pertanto da ritenersi ricompreso fra le pratiche commerciali di per sé ingannevoli.

Ai fine della presente ricerca, appare utile mettere in evidenza come secondo autorevole dottrina possono ricomprendersi fra i marchi oggetto di tutela, per effetto della disposizione in parola, anche quelli la cui finalità ultima sia la valorizzazione dei prodotti agro-alimentari aventi caratteristiche peculiari e certificate in quanto legate ad uno specifico territorio, e l'uso quindi di richiami o riferimenti a detti marchi, in assenza di una specifica autorizzazione, è da ritenersi in ogni caso ingannevole¹³⁷.

L'altra pratica commerciale in ogni caso sleale prevista dall'Allegato alla Direttiva che riveste particolare rilevanza ai fini della presente ricerca è quella prevista al n. 13, che qualifica come illecito il «promuovere un prodotto simile a quello fabbricato da un particolare produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore facendogli credere che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore mentre invece non lo è».

Questa disciplina ha chiaramente lo scopo di limitare, *rectius* contrastare, la pratica ingannevoli a effetto confusorio.

¹³⁷ In tal senso R.CALVO, *Le pratiche commerciali*, cit., p. 232, con nt. 161.

Va altresì ricordato che la Direttiva, per sua stessa ammissione, non è finalizzata a ridurre la scelta del consumatore impedendo la promozione di prodotti apparentemente simili ad altri prodotti, «a meno che la somiglianza non sia tale da confondere il consumatore riguardo all'origine commerciale del prodotto e sia pertanto ingannevole»¹³⁸.

Nel capitolo precedente si è già affrontato ed esaminato il concetto di origine, sottolineando l'importanza e la tutela riservata in materia da altre disposizioni dell'Unione Europea. È quindi pacifico che l'origine di un prodotto è in grado di influenzare le scelte del consumatore, e il crescente fenomeno dell'*Italian sounding* ne appare una dimostrazione lampante, oltre che molto significativa in termini socio-economici per il nostro Paese¹³⁹.

Si è anche già avuto modo di analizzare quanto sia rilevante per il consumatore l'origine di un prodotto, poiché ad esso vengono associate caratteristiche peculiari, metodi di lavorazione tradizionali, dal quale derivano qualità intrinseche meritevoli di tutela.

Accanto all'importanza che l'origine riveste per i consumatori, vi è da considerare anche l'ulteriore interesse dei produttori concorrenti. Per questi ultimi infatti il divieto a porre in essere tali pratiche commerciali sleali svolge la

¹³⁸ Così il già ricordato considerando n. 14.

¹³⁹ Per una succinta descrizione del fenomeno si rimanda *supra* alla nt. 4, p. 4.

funzione di contrastare fenomeni dannosi per il corretto funzionamento del mercato interno in generale.

Dall'analisi del divieto previsto dal punto n. 13 della Direttiva, emerge come la norma contenga due elementi rilevanti per la fattispecie, uno oggettivo ed uno soggettivo.

Il primo si sostanzia nella somiglianza fra due prodotti immessi nel mercato da due produttori differenti, in cui uno dei due 'imita' l'altro, inducendo il consumatore in errore circa l'effettiva provenienza, ovvero l'origine commerciale del prodotto.

Determinare quale sia la soglia di somiglianza permessa appare tutt'altro che semplice. Si può comunque considerare sufficiente che questa sia effettivamente in grado di indurre il consumatore a ritenere che il prodotto illecitamente somigliante ad un altro sia confondibile, *ergo* che il consumatore possa essere indotto a credere che il produttore sia il medesimo.

Sembrerebbe inoltre potersi escludere a priori la possibilità di confusione fra settori merceologici differenti, anche se aventi, ad esempio, lo stesso nome¹⁴⁰.

Affinché sussista una somiglianza effettiva occorre quindi che i prodotti siano idonei a soddisfare i medesimi bisogni, ovvero che appartengano alla stessa categoria di beni o servizi, e che quindi sia ragionevole pensare che il

¹⁴⁰ È da escludere il pericolo di confusione fra lo Spumante Ferrari, e l'omonima casa automobilistica, per cui appare chiaro che la norma in casi di questo tipo non operi, mancando l'elemento oggettivo della somiglianza in grado di confondere il consumatore.

consumatore medio possa essere indotto a ritenere che il prodotto sia stato immesso sul mercato da un produttore diverso da quello effettivo.

Per valutare l'ingannevolezza della pratica si deve tener conto, quindi, da un lato della somiglianza fra i due prodotti, dall'altro dei mezzi utilizzati dal produttore-concorrente per confondere il consumatore¹⁴¹.

Quest'ultimo aspetto assume importanza laddove la somiglianza sia lieve, e quindi risulti utile indagare ulteriori comportamenti fuorvianti messi in atto dal professionista, mentre qualora sia estremamente marcata, e quindi sicuramente idonea a confondere l'acquirente-consumatore, non sarà più rilevante la condotta del produttore 'servile'.

Il secondo elemento, ovvero quello soggettivo, trova il suo limite nella locuzione «deliberatamente» presente nel testo comunitario *de quo*.

La presenza di questa circostanza, contrariamente a quanto desiderato dal legislatore Comunitario¹⁴², limita l'azione di repressione delle pratiche commerciali in ogni caso sleali, o quanto meno la ostacola, poiché l'onere della prova di questa volontà, nel nostro ordinamento, finisce per gravare su chi cerca di contrastare queste pratiche, lasciando eventualmente al professionista-trasgressore la possibilità di

¹⁴¹ Riprendendo l'esempio della nota precedente, è chiaro che l'apposizione di un cavallo rampante in etichetta, accanto al nome commerciale reale del produttore, sarebbe comunque idoneo ad ingenerare confusione fra i consumatori.

¹⁴² Si veda *supra*, nt. 132, p. 86.

perpetrare la pratica contestata, giungendo fino all'estremo di ipotizzare un suo ricorso *in extremis* al principio di buona fede pur di cercare di sfuggire a qualsivoglia sanzione.

Al fine di interrompere simili pratiche sleali, o più correttamente di contrastare la concorrenza sleale, per questo tipo di condotte rimane salva la possibilità, per i soli produttori pregiudicati dall'imitazione servile del marchio di cui siano titolari, di agire utilizzando i rimedi tradizionalmente previsti dalla normativa sui marchi e dal diritto della proprietà intellettuale.

§ II.4 - La Direttiva 2009/22/CE relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori

II.4.1 - Introduzione

La Direttiva 2009/22/CE, del 23 aprile 2009, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori ¹⁴³, d'ora in avanti semplicemente la Direttiva, abroga la precedente Direttiva 98/27/CE, del 19 maggio 1998,

¹⁴³ In *G.U.U.E.* n. L 110 dell'1 maggio 2009, p. 30 s.

codificando i vari interventi di modifica della disciplina operati da altre direttive successive alla sua emanazione¹⁴⁴.

La Direttiva 98/27/CE, anch'essa relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, ha istituito una procedura di ricorso giudiziario o amministrativo che consente alle organizzazioni di consumatori e/o alle amministrazioni pubbliche di chiedere un provvedimento inibitorio volto a porre fine a pratiche commerciali che violano una serie di Direttive UE sulla tutela dei consumatori in tutti gli Stati membri¹⁴⁵.

Ai fini della presente ricerca appare opportuno analizzare tale strumento, da un lato poiché le associazioni di consumatori fanno crescente ricorso ad esso, perlomeno in alcuni Paesi membri, e dall'altro per la tempestività che esso può offrire nell'inibire pratiche ingannevoli come quelle relative all'origine dei prodotti agro-alimentari, laddove il valore economico dei beni di consumo alimentare appare spesso talmente esiguo da non rendere realistico l'utilizzo di altri strumenti sia giudiziali, che stragiudiziali, così come dei rimedi offerti dalla Direttiva sulla vendita dei beni di consumo già schematicamente analizzata, perché sempre legati

¹⁴⁴ In *G.U.C.E.* n. L 166 dell'11 giugno 1998, p. 51 s.

¹⁴⁵ Così la Relazione della Commissione del 6 novembre 2012, *COM (2012) 635 def.*, p. 3. L'elenco di tali Direttive, fra cui ai fini del presente elaborato si segnalano la Direttiva sulle pratiche commerciali sleali e la Direttiva sulla vendita dei beni di consumo, è contenuta nell'Allegato alla nuova Direttiva.

all'iniziativa del singolo consumatore-acquirente¹⁴⁶. E questo nonostante le pratiche ingannevoli riguardanti l'origine e la provenienza dei beni riguardino un numero vastissimo di prodotti e siano oggetto, come già esaminato, di tutele specifiche in ragione del grande valore che le produzioni agro-alimentari dotate di caratteristiche peculiari rivestono per l'Unione Europea¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Nel *Libro Verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori*, del 27 novembre 2008, COM (2008) 794 def., p. 4, si può trovare un'analisi del fenomeno, in cui vengono riportati i dati forniti da uno studio sui problemi che incontrano i consumatori, oltre che i risultati di due indagini di Eurobarometro, rispettivamente del 2004 e del 2008. Ivi si legge che «un consumatore europeo su cinque non è disposto ad adire un tribunale per meno di 1000 EUR, mentre la metà dichiara che non intende rivolgersi a un tribunale per meno di 200 EUR. I costi elevati e il rischio di vertenze giudiziarie rendono antieconomico per il consumatore pagare spese di giustizia, avvocati ed esperti per un importo che può risultare superiore al risarcimento richiesto. Le procedure sono talmente lunghe e complesse che i consumatori rischiano di trovarsi invischiati senza riuscire a capire chiaramente quanto (o se) ci sarà una soluzione soddisfacente. Soltanto il 30% dei consumatori ritiene che sia facile risolvere le controversie in tribunale».

¹⁴⁷ A proposito del tipo di violazione, e del maggiore utilizzo di tale strumento in alcuni Paesi membri, nella Relazione di cui alla nota precedente, p. 5, si legge: «i provvedimenti inibitori hanno riguardato numerosi tipi di violazioni della legislazione a tutela dei consumatori. Inoltre taluni Stati membri hanno esteso il campo d'applicazione dei provvedimenti inibitori al di là dell'elenco di cui all'Allegato della direttiva. Tale estensione costituisce un vantaggio per i consumatori.[...] Tra gli Stati in cui il campo d'applicazione dei provvedimenti inibitori è molto più ampio dell'elenco di atti

In particolare, e sempre ai fini della presente ricerca, incentrata sulle soluzioni offerte ai consumatori nell'ordinamento italiano e nell'ordinamento tedesco, è da segnalare un dato importante, ovvero che suddividendo le cifre per Stato membro, fra quelli con il numero più elevato di provvedimenti inibitori segnalati a partire dal 2008 spicca la Germania: «pur mancando dati statistici centralizzati e completi, la Repubblica federale di Germania ha dichiarato che sette enti legittimati tedeschi avevano promosso oltre 3000 azioni. Questo può essere dovuto al fatto che, in Germania, la sorveglianza dei mercati dei consumatori è tradizionalmente soggetta all'applicazione delle norme su istanza privata (*private enforcement*)»¹⁴⁸.

Da ultimo, visto l'oggetto del presente elaborato, si tratterà esclusivamente dell'azione inibitoria stragiudiziale.

legislativi allegato alla direttiva figurano Germania, Austria, Portogallo, Spagna, Bulgaria e Paesi Bassi. La maggior parte delle azioni inibitorie è stata tuttavia avviata per porre fine solo ad un numero limitato di pratiche illecite e lesive degli interessi comuni dei consumatori». Viene poi precisato come il ricorso a tale strumento sia intervenuto principalmente, e in misura uguale, in contrasto a pratiche illecite lesive degli interessi collettivi dei consumatori aventi ad oggetto clausole abusive o pubblicità ingannevole.

¹⁴⁸ Così la Relazione di cui alle note immediatamente precedenti, p. 4.

II.4.2 - Ambito applicativo

La Direttiva, come previsto dal primo paragrafo dell' art. 1, «ha per oggetto il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative ai provvedimenti inibitori [...] volti a tutelare gli interessi collettivi dei consumatori [...] onde garantire il corretto funzionamento del mercato interno».

Giova ricordare che prima dell'entrata in vigore della Direttiva 98/27/CE le azioni inibitorie contemplate nei singoli Paesi membri andavano incontro ad un duplice limite posto proprio dai singoli ordinamenti nazionali: da un lato quello relativo alla legittimazione attiva, spesso attribuita esclusivamente a determinati soggetti individuati dai singoli ordinamenti; dall'altro le azioni inibitorie potevano essere richieste solo in presenza di violazioni dell'ordinamento interno¹⁴⁹.

Il perdurare di questa situazione portò all'emanazione della Direttiva 98/27/CE, al fine di rimuovere questi ostacoli, e incise profondamente sui soggetti legittimati a proporre l'azione inibitoria.

Venne così introdotto, all'art. 3, il concetto di «ente legittimato» al fine di armonizzare la normativa comunitaria.

La norma, ripresa nel primo paragrafo dell'art. 3 della Direttiva attualmente in vigore, stabilisce che tale sia

¹⁴⁹ Per un approfondimento si veda E.GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, 2012, p. 377.

«qualsiasi organismo o organizzazione, debitamente costituito secondo la legislazione di uno Stato membro, che ha un legittimo interesse a far rispettare le disposizioni di cui all'articolo 1», ovvero la tutela degli interessi collettivi dei consumatori¹⁵⁰.

Questi enti, purché specificamente preposti alla tutela degli interessi collettivi dei consumatori, possono essere organismi pubblici indipendenti, laddove esistenti nel singolo Stato membro, ovvero organizzazioni aventi il medesimo scopo¹⁵¹.

Tutto ciò ha consentito alle associazioni, legittimate ai sensi delle normative nazionali, di agire anche davanti alle corti o agli organi competenti di Stati membri diversi da quello di appartenenza, dando in un certo senso luogo ad una sorta di mutuo riconoscimento della legittimazione ad agire¹⁵².

La Direttiva muove dalla consapevolezza dell'inefficienza del sistema di tutela offerto effettivamente ai

¹⁵⁰ A ciò si aggiunge anche quanto previsto dal secondo periodo del considerando n. 10, ovvero che alle organizzazioni destinate a tutelare gli interessi collettivi dei consumatori, secondo i criteri stabiliti dalla legislazione nazionale, dovrebbe essere permesso di promuovere ricorsi o azioni inibitorie.

¹⁵¹ Come previsto dalle lett. a) e b) dell'art. 3. L'articolo in parola è rimasto invariato rispetto alla sua precedente formulazione.

¹⁵² Così L.ANTONIOLLI, *Contratti del consumatore nel diritto dell'Unione europea*, in *Dig. civ., aggiornamento*, VI, Torino, 2011, p. 14. Il problema del riconoscimento delle organizzazioni rappresentative e degli organismi pubblici nazionali viene in considerazione anche nel preambolo alla Direttiva. Si veda, a tal proposito, il combinato dei considerando nn. 5 e 6.

consumatori nell'ambito del mercato comune, specialmente con riguardo alle direttive di cui all'Allegato I¹⁵³.

A tal proposito, infatti, al considerando n. 3 il legislatore europeo sottolinea come «i meccanismi attualmente esistenti per assicurare il rispetto di tali direttive a livello sia nazionale che comunitario non sempre consentono di porre termine tempestivamente alle violazioni che ledono gli interessi collettivi dei consumatori».

¹⁵³ Nell'elenco figurano la Dir. 85/577/CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; Dir. 87/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo; Dir. 89/552/CEE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive; Dir. 90/314/CEE concernente viaggi, vacanze e circuiti «tutto compreso»; Dir. 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; Dir. 97/7/CE sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda i contratti negoziati a distanza; Dir. 99/44/CE, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo; Dir. 2000/31/CE c.d. «direttiva sul commercio elettronico»; Dir. 2001/83/CE recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano: articoli da 86 a 100; Dir. 2002/65/CE concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori; Dir. 2005/29/CE c.d. direttiva «sulle pratiche commerciali sleali»; Dir. 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno; Dir. 2008/122/CE sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di cambio.

Viene quindi fornita una definizione negativa di tali interessi collettivi, ovvero che questi non sono da intendersi come mera somma di interessi individuali pregiudicati da una violazione¹⁵⁴.

Accanto agli interessi collettivi, con l'incremento degli scambi in un mercato caratterizzato da produttori che offrono beni e servizi a innumerevoli consumatori, assumono sempre maggiore importanza le c.d. «situazioni di danno collettivo», che sono conseguenza di pratiche illecite, poste in essere da uno o più professionisti, che colpiscono un gran numero di persone in violazione dei diritti ad essi riconosciuti dall'Unione Europea, e per le quali si rende sempre più necessario prevedere strumenti di tutela, da un lato per consentire l'interruzione di tali pratiche, dall'altro per prevedere la possibilità di risarcimento del danno¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Così il secondo periodo del considerando n. 3. In dottrina, conformemente, A.BELELLI, *Introduzione*, in *Dall'azione inhibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, a cura di A.Belevli, Padova, 2009, p. 5, precisa che «quando il legislatore fornisce ad un ente esponenziale la legittimazione a far valere l'interesse di un gruppo o di una categoria, tale interesse assurge al rango di interesse collettivo, come tale sottratto alla legittimazione del singolo. [...] L'interesse non coincide con la somma dei diritti individuali dei soggetti lesi, ma li trascende».

¹⁵⁵ Si veda a tal proposito il secondo considerando della Raccomandazione della Commissione 2013/396/UE, dell'11 giugno 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inhibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione, in *G.U.U.E.* n. L 201 del 26 luglio 2013, p. 60 s.

Come detto, la necessità di codificare la precedente Direttiva 98/27/CE nasce da una serie di modifiche introdotte da altre norme, ma va precisato che queste hanno influito più sull'aspetto procedurale che su quello sostanziale¹⁵⁶.

Negli ultimi anni l'attività della Commissione in tema di risarcimento del danno e di mezzi di ricorso collettivo dei consumatori è stata caratterizzata da un susseguirsi di interventi, in cui si è a più riprese sottolineata la crescente necessità di fornire ai consumatori, direttamente o indirettamente, maggiori strumenti e maggiori poteri al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato, incrementando la fiducia che questi hanno nei confronti del mercato stesso¹⁵⁷. Basti qui brevemente ricordare come la Commissione sia intervenuta una prima volta nel 2005, attraverso il Libro Verde sulle azioni di risarcimento per danni derivanti dalla violazione di norme antitrust¹⁵⁸, per poi tornare ad intervenire nuovamente nel 2008 con la pubblicazione di un Libro Bianco, contenente le indicazioni strategiche sul ricorso collettivo specifico del

¹⁵⁶ In tal senso E.GRAZIUSO, *La tutela*, cit., p. 379 s.

¹⁵⁷ Questa necessità è ribadita in vari interventi, fra cui anche la Direttiva in esame, ove al considerando n. 6 si legge: «Queste stesse difficoltà sono tali da intaccare la fiducia dei consumatori nel mercato interno e possono limitare la portata dell'azione delle organizzazioni rappresentative degli interessi collettivi dei consumatori o degli organismi pubblici indipendenti preposti alla tutela degli interessi collettivi dei consumatori lesi da pratiche che violano il diritto comunitario».

¹⁵⁸ COM (2005) 672 del 19 dicembre 2005.

settore antitrust¹⁵⁹, e di un Libro Verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori, già citato¹⁶⁰.

Da segnalare anche la Consultazione pubblica dal titolo «Verso un approccio europeo coerente in materia di ricorso collettivo» del 2011¹⁶¹ e, da ultima, la recentissima Raccomandazione 2013/396/UE¹⁶².

In tutti questi interventi è stato posto l'accento sulla distorsione che le pratiche commesse in violazione dei diritti sanciti dall'Unione Europea generano nel mercato interno, evidenziando come queste travalichino sempre più spesso i confini nazionali coinvolgendo produttori e consumatori di Paesi differenti, rendendo ancor più difficile perseguire i trasgressori in mancanza di una normativa comune ed efficace.

A tal proposito, e per evitare il permanere della sfiducia nei consumatori, si è reso «necessario e urgente ravvicinare in una certa misura le disposizioni nazionali che consentono di far cessare dette pratiche illecite, a prescindere dallo Stato membro in cui la pratica illecita ha prodotto i suoi effetti, in particolare quelli connessi al corretto funzionamento del mercato interno»¹⁶³.

¹⁵⁹ COM (2008) 165 del 2 aprile 2008.

¹⁶⁰ Si veda *supra* alla nt. 146, p. 95.

¹⁶¹ COM (2010) 135 *def.* del 31 marzo 2010.

¹⁶² Si rimanda *supra* alla nt. 155, p. 100.

¹⁶³ Tali considerazioni si ritrovano in varie Comunicazioni, oltre che al considerando n. 7 della Direttiva. Da sottolineare inoltre come, al considerando successivo, vista la natura delle violazioni, e in particolar modo l'aspetto transfrontaliero, la Commissione investa la Comunità dell'onere di porvi rimedio, essendo l'unico soggetto in

Va osservato come si tratti di un ravvicinamento delle normative nazionali, e non già di un'armonizzazione completa, come espressamente affermato già nel preambolo della Direttiva dal legislatore stesso e statuito all'art. 1¹⁶⁴.

Questo orientamento appare ancor più chiaro all'art. 7, rubricato come «disposizioni relative a una più ampia legittimazione ad agire», laddove viene lasciata la possibilità agli Stati membri di mantenere o introdurre normative che attribuiscono maggiori poteri agli enti legittimati.

Un'ulteriore dimostrazione di tale approccio è data dall'art. 4, che prevede che ciascun Paese adotti misure necessarie a garantire che, in caso di violazioni aventi origine sul proprio territorio, ogni ente legittimato dell'Unione, che sia portatore di interessi lesi da detta violazione, debba poter agire secondo la disciplina di cui all'art. 2, lasciando agli organi giurisdizionali o alle autorità amministrative solo il diritto di valutare nel merito la fondatezza dell'azione, senza operare valutazioni sull'ente legittimato, purché presente nell'elenco di cui al terzo paragrafo dello stesso art. 4.

Anche l'art. 5 muove nel senso di ravvicinare le legislazioni, senza imporre un'armonizzazione completa. Tale norma, avente ad oggetto la consultazione preliminare, prevede la possibilità per gli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni in base alle quali chi intende proporre ricorso o

grado di intervenire garantendo l'obiettivo di tutelare adeguatamente i consumatori, e di riflesso il mercato.

¹⁶⁴ Il profilo emerge in particolare dalla lettura combinata dei considerando nn. 9-11.

intentare un'azione inibitoria debba già aver preliminarmente cercato di porre termine alla violazione informando la parte convenuta, ovvero aver tentato di raggiungere tale scopo direttamente con la parte convenuta e con un organismo pubblico indipendente all'uopo predisposto dallo Stato membro in cui viene proposto il ricorso o intentata l'azione, ove questo tipo di ente legittimato sia presente¹⁶⁵.

Le modalità di consultazione preliminare, così come gli elenchi degli enti legittimati, sono comunicati dai rispettivi Stati alla Commissione, che provvede a darne pubblicità curandone la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Al fine di promuovere una risoluzione rapida e possibilmente stragiudiziale, la Commissione al considerando n. 14 auspica che gli Stati prevedano l'obbligo di consultazione preliminare del presunto trasgressore onde consentirgli di porre termine alla violazione contestata, mentre al considerando n. 15 viene suggerito «un termine massimo di due settimane successive al ricevimento della richiesta di consultazione, termine oltre il quale, ove non cessi la violazione, la parte richiedente ha il diritto di adire senza indugio l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa competente».

¹⁶⁶ Gli elenchi, che devono contenere denominazione e scopo dei singoli enti legittimati, sempre per previsione della Direttiva, vengono pubblicati con cadenza semestrale, fatto salvo l'obbligo per gli Stati membri di notificare tempestivamente alla Commissione ogni variazione.

II.4.3 - L'azione inibitoria e le Direttive 1999/44/CE e 2005/29/CE

L'art. 2 della Direttiva 2009/22/CE indica i criteri di ravvicinamento delle legislazioni nazionali riguardo le modalità di accesso da garantire a tutti i consumatori nell'Unione, nonché le disposizioni che gli ordinamenti nazionali devono prevedere per realizzarne gli obiettivi.

Al fine di deliberare su ricorsi o azioni proposti dagli enti legittimati, gli Stati membri devono designare gli organi giurisdizionali o le autorità amministrative competenti in materia. Questi hanno il compito di imporre, con tempi certi e, ove necessario, con procedimento d'urgenza, la cessazione o l'interdizione di qualsiasi pratica contraria al diritto dell'Unione. Devono altresì disporre del potere di imporre ai trasgressori provvedimenti quali la pubblicazione della decisione, integrale o parziale che sia, secondo le modalità che ritengono opportune, ovvero di ordinare la pubblicazione di «una dichiarazione rettificativa» idonea ad eliminare «gli effetti perduranti della violazione»¹⁶⁷.

Inoltre, ove la legislazione nazionale lo permetta, devono poter imporre una sanzione al trasgressore che non dia esecuzione al provvedimento di condanna entro il termine fissato dall'organo o dall'autorità. In particolare, ove consentito dai singoli Stati, il professionista potrebbe essere tenuto a versare al Tesoro pubblico, o ad altro beneficiario

¹⁶⁷ Così il primo paragrafo, lett. b), dell'art. 2.

designato o previsto dalla legislazione nazionale, un importo predeterminato per ciascun giorno di ritardo, piuttosto che quanto previsto dalla legislazione nazionale, al fine di garantire l'effettiva esecuzione delle decisioni¹⁶⁸.

Esaminato brevemente quanto previsto per le azioni inibitorie in generale, appare utile analizzare la previsione che le direttive 1999/44/CE e 2005/29/CE fanno del ricorso a tale strumento per porre fine alle violazioni delle norme di cui sono portatrici.

Per quel che riguarda la Direttiva sui beni di consumo, la possibilità di far ricorso all'azione inibitoria è inserita da un lato nel Preambolo, al considerando n. 26¹⁶⁹, dall'altro all'art. 10¹⁷⁰, sebbene in entrambi i casi, per evidenti ragioni cronologiche, si faccia riferimento alla precedente direttiva 98/27/CE.

Nella Direttiva sulle pratiche commerciali sleali viene espressamente riconosciuto il ruolo delle organizzazioni,

¹⁶⁸ Da ricordare che il secondo paragrafo precisa che la Direttiva non interferisce, per quel che concerne la determinazione della legge applicabile in caso di controversie transfrontaliere, né sulle norme di diritto internazionale privato, né sugli eventuali accordi fra Stati.

¹⁶⁹ Ove si legge che «allo scopo di tutelare gli interessi collettivi dei consumatori conviene aggiungere la presente direttiva all'elenco di direttive contenuto nell'Allegato alla direttiva 98/27/CE».

¹⁷⁰ L'art. 10 della Dir. 1999/44/CE prevede un'integrazione alla Dir. 98/27/CE, ovvero l'inserimento della direttiva stessa nell'elenco di quelle contemplate dalla più risalente, e si colloca nel novero delle varie modifiche che hanno portato alla necessità di rivedere e codificare la disposizione sulle azioni inibitorie cui si accennava *supra* nel primo paragrafo di questo capitolo, ed alla nt. 153, p. 98.

aventi un legittimo interesse secondo la legislazione nazionale, a contrastare le pratiche commerciali sleali, da un lato già nei considerando¹⁷¹, dall'altro inserendo norme puntuali all'interno dell'articolato normativo¹⁷².

Viene inoltre sancito che ogni Stato membro può decidere se le azioni giudiziarie possano essere promosse singolarmente o congiuntamente contro più professionisti dello stesso settore economico, ed è altresì lasciata discrezionalità al legislatore nazionale circa i poteri da conferire all'organo giurisdizionale o amministrativo, ovvero di far cessare le pratiche commerciali sleali o di proporre le azioni giudiziarie appropriate per ingiungere la loro cessazione, o qualora la pratica commerciale sleale non sia stata ancora posta in essere,

¹⁷¹ Al considerando n. 21 si legge che «le persone o le organizzazioni che in base alla legislazione nazionale siano considerate titolari di interesse legittimo nel caso di specie devono disporre di mezzi di impugnazione contro le pratiche commerciali sleali dinanzi ad un organo giurisdizionale o ad un'autorità amministrativa competente a decidere dei reclami o a promuovere un'adeguata azione giudiziaria».

¹⁷² Il primo comma dell'art. 11 della Dir. 2005/29/CE prevede che gli Stati membri si dotino di mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali nell'interesse dei consumatori. In particolare devono predisporre «disposizioni giuridiche ai sensi delle quali le persone o le organizzazioni che secondo la legislazione nazionale hanno un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali, inclusi i concorrenti, possono: a) promuovere un'azione giudiziaria contro tali pratiche commerciali sleali, e/o b) sottoporre tali pratiche commerciali sleali al giudizio di un'autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un'adeguata azione giudiziaria».

ma sia imminente, di vietarla o di proporre le azioni appropriate per vietarla. A tal fine gli ordinamenti nazionali possono dotarsi di strumenti con effetto provvisorio efficaci per i procedimenti d'urgenza, ovvero di altri ad effetto definitivo¹⁷³.

Inoltre, per garantire il rispetto dei provvedimenti adottati, e quindi la reale cessazione delle pratiche illecite censurate, possono prevedere ulteriori strumenti idonei allo scopo¹⁷⁴.

Alle luce di quanto sopra esposto, si può affermare che ogni Stato membro è libero di decidere quali strumenti adottare e di prevedere, ove opportuno, che l'organo giurisdizionale o amministrativo richieda in via preliminare il ricorso ad altri mezzi di risoluzione delle controversie.

Fra i principali strumenti offerti ai consumatori, in particolare alle associazioni di consumatori, ora indicate come organizzazioni rappresentative, ora indicate come enti legittimati, vi è la possibilità di promuovere un'azione inibitoria, al fine di interrompere il proseguo di un atto illecito, ovvero di impedirne la realizzazione in via preventiva.

¹⁷³ Si veda a tal proposito l'art. 11, cit. *supra*.

¹⁷⁴ La Dir. 2005/29/CE prevede, a questo proposito, gli stessi strumenti previsti anche dalla Dir. 2009/22/CE, di cui alla nt. 167, p. 105.

II.4.4 - L'azione inibitoria promossa dai consumatori

Il ricorso a tale istituto ha gradualmente accresciuto il ruolo delle associazioni di consumatori come attori del mercato, e ha contestualmente portato un aumento delle azioni inibitorie da questi promosse contro le pratiche vietate dal legislatore, tanto nazionale quanto europeo, così da indurre autorevole dottrina ad affermare che la tutela inibitoria, come strumento di tutela collettiva dei consumatori, «sta celebrando la sua grande stagione»¹⁷⁵.

In tema di contratti con il consumatore, una parte della dottrina ha ravvisato nell'inibitoria collettiva uno strumento generale di prevenzione e di contrasto dei comportamenti illeciti, il cui unico presupposto sarebbe l'esistenza di un illecito imprenditoriale¹⁷⁶. In tal senso, anche i poteri inibitori ora attribuiti alle Autorità indipendenti sarebbero un segnale di apertura in questa direzione¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Così C.M.BIANCA, *L'inibitoria come strumento di prevenzione dell'illecito*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, I, 2008, p. 133, che trattando di clausole vessatorie aggiunge che «la costatata inadeguatezza dell'esercizio individuale dei rimedi invalidatori e risarcitori [...] aveva portato da tempo a ricercare nell'inibitoria collettiva lo strumento di prima tutela dell'aderente».

¹⁷⁶ Per un'approfondita analisi dell'istituto dell'inibitoria nel nostro ordinamento si rimanda a A.BELELLI, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 607 s.

¹⁷⁷ Così C.CAMARDI, *Inibitorie amministrative di attività*, in *Annali it. dir. autore*, a cura di L.C.Ubertazzi, 2012, p. 288.

Dal punto di vista della legittimazione, come si è detto ¹⁷⁸, le associazioni di consumatori sono dotate di rappresentatività, da non confondersi con rappresentanza, ovvero «sono enti idonei a farsi portatori di interessi superindividuali», che non agiscono in sostituzione o in rappresentanza dei singoli consumatori ¹⁷⁹.

La tutela collettiva, favorendo l'insorgere di controversie che se fossero affidate solamente all'iniziativa dei consumatori *uti singuli* non verrebbero ad esistere, tanto più alla luce dei dati sopra ricordati ¹⁸⁰, svolge una «notevole funzione deterrente, ed al tempo stesso di controllo del mercato», rimessa, per quel che interessa la presente ricerca, in maniera alternativa o concorrente ai poteri di controllo affidati all'organismo indipendente, e «finalizzata ad ottenere sanzioni o diffide» ¹⁸¹.

In altro settore, vale a dire quello dei diritti fondamentali, l'azione inibitoria è divenuta, sul piano dell'effettività, ovvero nella dimensione della concreta applicazione del diritto, strumento generale di tutela preventiva ¹⁸².

¹⁷⁸ Si richiama qui la nt. 154, p. 100, *supra*.

¹⁷⁹ A tal proposito, A.BELELLI, *Introduzione*, cit., p. 5.

¹⁸⁰ Ci si riferisce qui ai risultati delle due indagini di Eurobarometro riportati nel *Libro Verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori* e cit. *supra* alla nt. 146, p. 95.

¹⁸¹ Così A.BELELLI, *Introduzione*, cit., p. 6.

¹⁸² A.BELELLI, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, in *Studi in onore di C.M.Bianca*, Milano, 2006, I, p. 319.

CAPITOLO III

GLI STRUMENTI PECULIARI

PREVISTI DAL DIRITTO ITALIANO

§ III.1 - Introduzione

Trattandosi, ai fini della presente ricerca, della tutela offerta ai consumatori, la normativa di seguito analizzata riguarda principalmente le disposizioni inserite all'interno del c.d. Codice del Consumo¹⁸³, ed in particolare gli aspetti relativi alla legittimazione di questi *uti singuli*, ovvero a quella delle associazioni che li rappresentano, ai mezzi di risoluzione stragiudiziale ivi indicati, nonché alla disciplina riguardante il ricorso all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Verrà inoltre analizzato il ruolo della Camere di Commercio che, nell'ambito delle circoscrizioni territoriali di competenza, svolgono funzioni di interesse generale per il mercato e anche, quindi, per i diritti dei consumatori.

¹⁸³ D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, pubblicato in *Suppl. ord.* alla *G.U.* 8 ottobre 2005, n. 235, e modificato dal D.Lgs. 23 ottobre 2007, n. 221. La bibliografia sul Codice del Consumo è ampissima, per un autorevole commento complessivo della disciplina si rimanda, *ex plurimis*, a A.ZACCARIA – G.DE CRISTOFARO, *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, in *Breviaria Iuris*, II ed., Padova, 2013.

§ III.2 - Brevi cenni sulla tutela del consumatore in rapporto alla provenienza geografica dei prodotti agroalimentari

Visto l'oggetto della presente ricerca verranno presi in considerazione solo i consumatori, tralasciando di menzionare gli utenti e le microimprese¹⁸⁴, e verranno altresì trattati gli aspetti relativi alle pratiche commerciali scorrette nell'ottica delle violazioni attinenti le indicazioni di provenienza dei prodotti agro-alimentari.

Nel Codice del Consumo, d'ora in avanti semplicemente il Codice, al primo comma dell'art. 2 sono riconosciuti e garantiti i diritti dei consumatori, così come i loro interessi, tanto in forma individuale quanto collettiva. Si prevede altresì che la tutela ad essi riconosciuta debba essere promossa anche in forma collettiva e associativa, e viene previsto che le

¹⁸⁴ Le tutele attualmente previste dal Codice del Consumo a favore dei soli consumatori persone fisiche sono di recente state estese dal legislatore anche alle microimprese, definite come le entità, le società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 3, dell'Allegato alla Raccomandazione della Commissione europea 2003/361/CE del 6 maggio 2003 (art. 7 del D.L. 1/2012, c.d. 'CresciItalia', così come convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27).

iniziative rivolte a perseguire tali finalità siano favorite anche mediante la disciplina dei rapporti tra le associazioni di categoria e le pubbliche amministrazioni.

Il secondo comma dell'art. 2 contiene un'elencazione dei diritti fondamentali dei consumatori, fra i quali giova qui ricordare da una parte quelli relativi ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità¹⁸⁵, *ex art. 2*, secondo comma, lett. c), e dall'altra il diritto all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà, *ex art. 2*, secondo comma, lett. c-*bis*).

Quest'ultimo aspetto, inserito in sede di recepimento della Dir. 2005/29/CE, ha una connotazione estremamente

¹⁸⁵ In dottrina è stato osservato da A.M.MANCALEONI, *Commento all'art. 2 cod. cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, I ed., Padova, 2010, p. 61, in maniera pienamente condivisibile, come «l'informazione è lo strumento di tutela privilegiato dalla legislazione consumeristica [...] il diritto dei consumatori comunitario muove dall'assunto per cui il consumatore informato è in grado di compiere scelte consapevoli: poiché è l'asimmetria informativa la principale causa di debolezza nel rapporto con la controparte, la parità viene ristabilita colmando il *deficit* informativo mediante l'introduzione di obblighi a carico del professionista». L'autore rileva anche come la disciplina relativa al diritto ad una corretta pubblicità sia ora stata assorbita da quella delle pratiche commerciali scorrette e, pertanto, sottoposta all'attività di intervento inibitoria o sanzionatoria dell'AGCM. Tale intervento può avvenire sia *ex officio* che su segnalazione di un eventuale soggetto interessato.

ampia, e appare invero in grado di ricomprendere anche i concetti di informazione e corretta pubblicità sopra richiamati. Basti considerare infatti la definizione data dal Codice all'art. 18, lett. d), e mutuata dalla Direttiva testé ricordata¹⁸⁶, circa le pratiche commerciali tra professionisti e consumatori, ovvero «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori».

Da questo punto di vista, anche per quel che concerne le informazioni, il primo comma dell'art. 21 del Codice, rubricato come azioni ingannevoli, pare ricomprendere quanto affermato dall'art. 2, secondo comma, lett. c), ove si legge che «è considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

Giova ricordare che, ai fini della presente norma, fra le informazioni ritenute rilevanti dal legislatore, tanto nazionale quanto comunitario, vi sono quelle riguardanti «le

¹⁸⁶ Per gli aspetti relativi alla Direttiva si rimanda al § II.3 ad essa dedicato.

caratteristiche principali del prodotto, quali la sua [...] origine geografica o commerciale»¹⁸⁷.

§ III.3 - Brevi cenni sulla legittimazione ad agire

Richiamati seppur in estrema sintesi i diritti dei consumatori rilevanti ai fini del presente lavoro, appare utile soffermarsi brevemente, prima di trattare dei rimedi extragiudiziali offerti dal legislatore italiano, anche sui soggetti legittimati a porre concretamente in atto queste forme di tutela, sperando azioni volte a contrastare le pratiche commerciali scorrette, piuttosto che ingannevoli, e tutte quelle ulteriori condotte illecite in quanto lesive dei diritti dei consumatori.

III.3.1 - La legittimazione ad agire delle associazioni di consumatori e degli organismi pubblici indipendenti nazionali

La legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori è riconosciuta a norma dell'art. 139 del Codice.

¹⁸⁷ Così il primo comma dell'art. 21, lett. b), che recepisce letteralmente il primo comma dell'art. 6, lett. b), della Dir. 29/2005/CE. Per ulteriori considerazioni sul punto si rimanda qui alle nt. 122-124.

Questo diritto è riconosciuto solo in capo a quelle associazioni che siano rappresentative a livello nazionale e siano iscritte, ai sensi del primo comma dell'art. 137 del Codice, nell'apposito elenco istituito dal Ministero dello Sviluppo economico¹⁸⁸.

Le associazioni riconosciute sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, ai sensi dell'art. 140, così come a tutela dei diritti fondamentali dei consumatori a norma dell'art. 2 del Codice. Sono altresì legittimate ad agire nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie disciplinate dal Codice.

Alle associazioni nazionali qui descritte sono equiparate le organizzazioni riconosciute in altro Stato dell'Unione europea¹⁸⁹, che possono agire, «ai sensi del presente articolo e

¹⁸⁸ A norma dell'art. 137 del Codice, l'iscrizione nell'elenco è subordinata al possesso di precisi requisiti formali, oltre che di rappresentatività, fra i quali la costituzione per atto pubblico o scrittura privata autenticata, l'individuazione dello scopo esclusivo della tutela dei consumatori e l'assenza di scopo di lucro. Per una disamina approfondita dei requisiti, che appare qui superflua, si rimanda a E.BATTELLI, *Commento all'art. 137 cod. cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, diretto da A.Zaccaria – G.De Cristofaro, I ed., Padova, 2010, p. 913 s.

¹⁸⁹ Si è già avuto modo di trattare del mutuo riconoscimento delle organizzazioni fra gli Stati europei, Si veda a tal proposito *supra* § II.4 ed in particolare la nt. 152, p. 98. Qui ci si limita ad evidenziare come requisito per tale riconoscimento sia l'inserimento nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli

secondo le modalità di cui all'articolo 140, nei confronti di atti o comportamenti lesivi per i consumatori del proprio Paese, posti in essere in tutto o in parte sul territorio dello Stato»¹⁹⁰.

Trattandosi, ai fini della presente ricerca, di legittimazione extragiudiziale, assume un ruolo fondamentale il secondo comma dell'art. 140 del Codice¹⁹¹.

L'art. 140 del Codice infatti stabilisce al primo comma che i soggetti di cui all'art. 139, sopra ricordati, sono legittimati, nei casi ivi previsti, ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, ed al secondo comma precisa che «le associazioni di cui al comma 1, nonché i soggetti di cui all'articolo 139, comma 2, possono attivare, prima del ricorso al giudice, la procedura di conciliazione dinanzi alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente per territorio, a norma dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580, nonché agli altri organismi di composizione extragiudiziale per la composizione delle

interessi collettivi dei consumatori pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Comunità europea.

¹⁹⁰ Così il secondo comma dell'art. 139 del Codice, che estende tale possibilità anche agli organismi pubblici indipendenti nazionali.

¹⁹¹ Dal punto di vista giudiziale, i soggetti legittimati possono richiedere al giudice di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori, ovvero di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate ed anche di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

controversie in materia di consumo a norma dell'articolo 141. La procedura è, in ogni caso, definita entro sessanta giorni»¹⁹².

Appare poi opportuno segnalare l'obbligo sancito dal quinto comma dell'art. 140, che prevede che la domanda giudiziale possa essere proposta «solo dopo che siano decorsi quindici giorni dalla data in cui le associazioni abbiano richiesto al soggetto da esse ritenuto responsabile, a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori»¹⁹³.

Questa disposizione appare un notevole incentivo al tentativo di risoluzione stragiudiziale della controversia, anche alla luce di quanto disposto dal sesto comma dell'art. 140 del Codice, laddove viene riconosciuta, al soggetto a cui è stato

¹⁹² Ai commi 3 e 5 dell'articolo in parola vengono quindi elencati gli adempimenti formali per l'omologazione del verbale di conciliazione, in maniera da determinarne l'esecutività.

¹⁹³ Tale obbligo non sussiste ove si proceda per ottenere un provvedimento di inibitoria cautelare, come previsto dall'ottavo comma dell'articolo in parola. Appare opportuno evidenziare come sulla qualificazione della preventiva diffida, e conseguentemente sugli effetti processuali di una sua mancata proposizione, la dottrina è divisa. Secondo alcuni autori si tratterebbe di una condizione di procedibilità della domanda, rilevabile su istanza di parte e sanabile nel corso del processo, previa sospensione dello stesso, secondo altri sarebbe una condizione di proponibilità della domanda, rilevabile pertanto anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio. Non essendo strettamente rilevante per ciò che qui si tratta, si rinvia per una panoramica delle posizioni a E.VULLO, *Commento all'art. 140 cod. cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, I ed., Padova, 2010, p. 932 s.

intimato di porre fine ad una condotta illecita, la possibilità di attivare la procedura di conciliazione senza che ciò comporti alcun pregiudizio per l'azione giudiziale da avviarsi o già avviata.

III.3.2 - La legittimazione ad agire del singolo consumatore

Se dal punto di vista processuale la legittimazione del consumatore *uti singulus* appare alquanto controversa, sia per mancanza di espresse previsioni normative in tal senso, eccezion fatta per il nuovo art. 140 *bis* relativo alle c.d. 'azioni di classe', sia per la molteplicità delle posizioni assunte dalla dottrina a riguardo¹⁹⁴, dal punto di vista dell'accesso agli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie, appare pacifica la legittimazione del singolo consumatore a porre in essere tanto un tentativo di conciliazione con un dato professionista¹⁹⁵, quanto la sua legittimazione a ricorrere

¹⁹⁴ Per un quadro generale e approfondito della discussione, *ex plurimis*, si rimanda a R.DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, 794 s.

¹⁹⁵ A tal proposito la mediazione è definita dall'attuale disciplina come «l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa», ed è espressamente previsto che «chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale

all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, d'ora in avanti indicata semplicemente con l'acronimo AGCM, al fine di interrompere pratiche commerciali scorrette o altre condotte illecite da quest'ultimo poste in essere¹⁹⁶.

In linea generale vale il disposto dell'art. 141 del Codice, rubricato 'Composizione extragiudiziale delle controversie', nel quale il legislatore prevede espressamente che nei rapporti tra consumatore e professionista, le parti possono avvalersi delle Camere di Commercio per avviare procedure di composizione extragiudiziale finalizzate alla risoluzione delle controversie in materia di consumo, anche per via telematica.

vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto». Per la trattazione dell'istituto si veda *infra* § III.6.

¹⁹⁶ Ai sensi del secondo comma dell'art. 27 del Codice infatti, «l'Autorità, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, inibisce la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti». La possibilità di agire d'ufficio, accordata dal legislatore italiano, è stata peraltro criticata in dottrina alla luce di quanto previsto dalla Direttiva 29/2005/CE, volta all'armonizzazione completa della disciplina in materia, in quanto, pur ampliando la tutela concessa, non sarebbe prevista dalla norma comunitaria, pur ricca di strumenti e opzioni a tal fine preposti. Per una più approfondita analisi del dibattito in dottrina si rinvia a A.CIATTI, *Commento all'art. 27 cod. cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, I ed., Padova, 2010, p. 212. Per la disciplina del ricorso all'Autorità in parola si veda *infra* § III.4.

III.3.3 - La legittimazione ad agire dell'AGCM

Per quel che concerne la legittimazione ad agire dell'Autorità Garante, come peraltro già riportato nell'ultima nota del paragrafo precedente, l'art. 27 del Codice le attribuisce il potere di inibire le pratiche commerciali scorrette intervenendo anche *ex officio*¹⁹⁷.

In linea più generale, la legittimazione ad agire a tutela del mercato e della concorrenza, contrastando le condotte illecite, deriva dalla norma istitutiva dell'Autorità stessa, ovvero la L. 10 ottobre 1990, n. 287 e successive modificazioni¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Si segnala la recentissima modifica all'art. 27 cod. cons., introdotta dal D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, in *G.U.* dell'11 marzo 2014, n. 58, cui è stato aggiunto il comma 1-*bis*: «Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze».

¹⁹⁸ In *G.U.* del 13 ottobre 1990, n. 240.

§ III.4 - Il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

III.4.1 - Introduzione

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è stata istituita in Italia dalla L. 10 ottobre 1990, n. 287, recante Norme per la tutela della concorrenza e del mercato¹⁹⁹.

È un'istituzione indipendente, non governativa, e regolata dalla legge, nata per garantire l'osservanza delle norme poste a tutela del mercato.

Le aree di intervento dell'AGCM erano inizialmente volte al contrasto alle intese di tipo monopolistico fra le imprese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni in grado di creare o rafforzare posizioni dominanti dannose per la concorrenza²⁰⁰.

¹⁹⁹ L'Autorità, oltre all'acronimo AGCM già ricordato, è spesso indicata anche come Antitrust.

²⁰⁰ Un'Autorità analoga, ma il cui compito è limitato solamente alle fattispecie ora richiamate, è presente anche nell'ordinamento tedesco. Si tratta del *Bundeskartellamt*.

In seguito, nel 1992, l'ACGM è stata altresì investita del compito di contrastare la pubblicità ingannevole posta in essere dalle imprese²⁰¹.

Successivamente, dal 2007, con l'entrata in vigore della nuova disciplina a tutela dei consumatori, da un lato sono stati estesi a questa Istituzione anche i poteri di vigilanza a favore dei diritti dei consumatori contro le pratiche scorrette²⁰², dall'altro è stata estesa la competenza anche alla pubblicità ingannevole e comparativa²⁰³.

Infine, con l'ulteriore riforma del 2012, avente ad oggetto le pratiche commerciali scorrette delle imprese, da un lato sono rientrate fra le competenze dell'AGCM anche le microimprese, dall'altro la tutela amministrativa contro le clausole vessatorie inserite nei contratti con i consumatori²⁰⁴.

Per completezza si ricorda che l'Autorità si occupa anche delle norme in materia di risoluzione dei conflitti di interessi.

²⁰¹ In seguito all'approvazione del D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74.

²⁰² Ci si riferisce all'entrata in vigore del D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 146, recante Norme in materia di pratiche commerciali scorrette.

²⁰³ È intervenuto il D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 145, recante Norme in materia di pubblicità ingannevole e comparativa.

²⁰⁴ Si tratta della L. 24 marzo 2012, n. 27 recante Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività.

III.4.2 - Competenza

Come accennato, per quel che qui maggiormente interessa, fra le competenze dell'Autorità rientrano le pratiche commerciali scorrette poste in essere dai professionisti ai danni dei consumatori, il controllo sulle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori²⁰⁵ e la vigilanza sulla pubblicità ingannevole e comparativa illecita a tutela delle imprese.

L'Autorità ha il potere di adottare in via generale tutte le misure e i provvedimenti adeguati alla repressione e al contrasto delle pratiche sopra richiamate.

III.4.3 - Tutela del consumatore

Nel 2007 il legislatore italiano, nel dare attuazione alla Direttiva europea 29/2005/CE, ha esteso le competenze della AGCM anche alla tutela dei consumatori contro tutte le pratiche commerciali scorrette poste in essere dalle imprese nei confronti dei consumatori. Se un'impresa tenta di falsare le scelte economiche del consumatore omettendo, ad esempio, informazioni rilevanti, ovvero diffondendo informazioni non veritiere o addirittura ricorrendo a forme di indebito condizionamento, l'Antitrust può intervenire anche in via

²⁰⁵ In base al Codice del Consumo (artt. da 18 a 27 e art. 37 *bis*) e alle disposizioni contenute nel D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 145.

cautelare ed eventualmente imporre sanzioni che, per le pratiche commerciali scorrette messe in atto a partire dal 15 agosto 2012, possono arrivare fino a 5 milioni di Euro²⁰⁶.

La Direttiva ora ricordata, all'art. 11, prevedeva che gli Stati membri assicurassero, ove non presenti, mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali scorrette.

In particolare, al secondo comma, lett. b), dell'articolo in parola, si stabiliva che le persone e le organizzazioni all'uopo legittimate potessero «sottoporre tali pratiche commerciali sleali al giudizio di un'autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un'adeguata azione giudiziaria».

È pertanto obbligatorio per gli Stati membri prevedere alternativamente o cumulativamente l'intervento di un'autorità giudiziaria o di un'autorità amministrativa, e che quest'ultima sia titolare del potere di far cessare le pratiche scorrette o, quanto meno, di promuovere un'azione giudiziaria²⁰⁷.

²⁰⁶ In precedenza l'importo massimo era di 500.000 Euro.

²⁰⁷ La Direttiva 29/2005/CE, al terzo paragrafo dell'art. 11, stabilisce i requisiti che l'organo amministrativo deve avere, fra i quali l'assoluta imparzialità. Nel caso dell'Autorità questa è garantita dalla composizione dell'organo stesso, dalle competenze esclusive ad esso attribuite per quel che concerne le norme di organizzazione interna, ovvero quelle sul suo funzionamento, così come il trattamento economico e giuridico del personale. Gode inoltre di autonomia anche per quel che attiene la gestione delle spese per il proprio funzionamento, nei limiti di quanto attribuito dal bilancio dello Stato.

Il legislatore italiano, nel Codice del consumo, ha scelto il modello della tutela amministrativa piuttosto che quello della tutela giurisdizionale, individuando nell'AGCM l'Autorità competente in via generale ad applicare la nuova normativa, disciplinando all'art. 27 del Codice le sue competenze, così come suoi poteri istruttori e quindi sanzionatori²⁰⁸.

A riprova della tutela di tipo amministrativo basti pensare che le decisioni dell'AGCM sono impugnabili innanzi al giudice amministrativo investito della giurisdizione esclusiva, che interviene dunque, per così dire, solo in seconda battuta²⁰⁹.

Questo approccio è stato probabilmente favorito dalle correlazioni esistenti tra la tutela della concorrenza, già di competenza dell'Autorità Garante ai sensi della L. 10 ottobre

²⁰⁸ Attualmente contenute nel *Bollettino* – ed. speciale, Anno XXIII – suppl. al n. 1, recante Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, pubblicato sul sito www.agcm.it, il 21 gennaio 2013.

²⁰⁹ La disciplina in caso di ricorso avverso le decisioni adottate dall'Autorità è dettata dal tredicesimo comma dell'art. 27 del Codice. Per quel che attiene i procedimenti che si svolgono innanzi all'AGCM, A.SIROTTI GAUDENZI, *La pubblicità ingannevole: la tutela del concorrente e dell'utente nelle recenti modifiche normative*, in *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, a cura di A.Sirotti Gaudenzi, vol. II, Torino, 2010, p. 543, «non è riconoscibile natura giurisdizionale, con la (ovvia) conseguenza che non sono applicabili le regole degli atti e dei procedimenti giurisdizionali».

1990, n. 287, e la tutela dei consumatori nei confronti delle pratiche commerciali scorrette²¹⁰.

Il Codice invero ha previsto anche la possibilità di intervento dell'autorità giudiziaria, lasciando però a quest'ultima un ruolo che potremmo definire residuale, per quanto di indubbia importanza, in quanto volto principalmente a soddisfare le pretese risarcitorie e restitutorie originatesi eventualmente in capo ai singoli consumatori²¹¹.

²¹⁰ A tal proposito si veda L.FIORENTINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato e tutela del consumatore*, in *Giornale dir. Amm.*, 2008, pag. 1040 s.

²¹¹ Sul punto si veda Cass. SS.UU. sent. 15 gennaio 2009, n. 794, con condanna al risarcimento del danno «per aver colpevolmente prodotto, commercializzato e pubblicizzato confezioni di sigarette con l'utilizzo della dicitura 'LIGHT', atta ad indurre in errore il consumatore medio in ordine alla presunta minore pericolosità e nocività di tali prodotti rispetto a quelli 'normali'» in particolare laddove si afferma che deve essere affermato il principio secondo cui «Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario – e non del giudice amministrativo, ai sensi del comma 12° dell'art. 7 del D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 (successivamente comma 13° dell'art. 26 del Codice del consumo, di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, poi comma 14° dell'art. 27 del Codice stesso, come introdotto dal D.Lgs. n. 146 del 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE) – la controversia promossa da un consumatore per conseguire, ex art. 2043 c.c., il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale (sotto forma di danno alla salute o danno 'esistenziale' dovuto al peggioramento della qualità della vita conseguente allo stress ed al turbamento per il rischio del verificarsi di gravi malattie), facendo valere come elemento costitutivo dell'illecito la pubblicità ingannevole del prodotto (nella specie sigarette del tipo 'LIGHT'), recante sulla

Va sottolineato poi come il Codice non contenesse, fino al D.Lgs. n. 21/2014 sopra ricordato, alcuna disposizione di raccordo fra la competenza generale attribuita all'AGCM e le eventuali competenze in materie specifiche e settoriali attribuite legislativamente ad altre autorità, quali ad esempio l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni o la Consob²¹².

confezione un'espressione diretta a prospettarlo come meno nocivo»; Conforme a Cass. SS.UU., sent. 29 agosto 2008, n. 21934, in tema di danno esistenziale da pubblicità televisiva illegittima. In dottrina A.CIATTI, *Commento all'art. 27 cod. cons.*, cit, p. 211.

²¹² Anche se il Consiglio di Stato, sez. I, con parere del 3 dicembre 2008, n. 3999, richiesto proprio dall'AGCM in merito alle competenze di intervento nel settore finanziario, aveva affermato che la normativa di settore prevale su quella generale contenuta nel Codice del Consumo «*anche ai fini della identificazione dell'Autorità competente ad intervenire*». Per un'analisi del parere del Consiglio di Stato unita ad un'interessante ricostruzione del rapporto fra AGCM e Autorità di settore, nell'ottica di un raffronto fra *lex generalis* e *lex specialis*, si segnala M.CLARICH, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori delle autorità di regolazione settoriale*, in atti del Convegno "Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela", organizzato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma, 29 gennaio 2010, il quale osserva che «l'AGCM può essere considerata come un'autorità investita di una funzione specializzata riferita alla generalità dei settori e delle attività. Le autorità di settore invece sono preposte a un settore speciale di imprese regolate, ma nei confronti di queste esercitano funzioni despecializzate. Più precisamente l'AGCM è un'autorità ormai investita per legge di due funzioni specializzate, che, per certi aspetti, si integrano reciprocamente in vista di un obiettivo di tutela del consumatore l'applicazione sia della normativa antitrust ai sensi

Per le proprie funzioni fondamentali l'AGCM dispone di una sola modalità operativa cioè quella definita '*adjudication*' nei sistemi anglosassoni, che consiste nell'accertamento in concreto della conformità o meno delle condotte delle imprese alla disciplina generale e, ove questo non avvenga, nell'eventuale applicazione di sanzioni.

Esula dalle competenze specifiche dell'AGCM la modalità regolatoria, cioè la proposizione di regole generali e astratte, anche se, nel momento in cui applica regole che definiscono per lo più concetti giuridici indeterminati, la sua attività finisce per concretizzare il contenuto della disciplina stabilendo di fatto un precedente idoneo a condizionare le condotte di tutti gli operatori²¹³.

Come già evidenziato, l'AGCM è legittimata, ai sensi del secondo e terzo comma dell'art. 27 del Codice, a inibire la continuazione di pratiche commerciali scorrette, così come a ordinarne la sospensione, con provvedimento motivato, laddove vi siano condizioni di particolare urgenza.

Ai sensi del settimo comma poi, eccetto che nei casi di «manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale», l'Autorità può ottenere dal trasgressore l'assunzione dell'impegno a porre fine alla condotta illecita, astenendosi dal reiterarla o eliminandone i profili di illegittimità, e

della legge n. 287 del 1990, sia, dopo il d.lgs. n. 146 del 2007, della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. In entrambi i casi si tratta di competenze orizzontali che prescindono dalla particolare tipologia di attività o di imprese».

²¹³ In tal senso, M.CLARICH, ult. op. cit. *supra*, che sottolinea anche come l'AGCM sia un'autorità essenzialmente mono-obiettivo.

disponendo, a cura e spese del professionista, la pubblicazione della dichiarazione dell'impegno assunto. In questi casi, l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista, e questo senza procedere ad un ulteriore accertamento dell'infrazione²¹⁴.

Da ultimo, a norma dell'ottavo comma dell'art. 27 del Codice, l'Autorità, ove ritenga la pratica commerciale scorretta, può vietarne la diffusione, qualora non ancora portata a conoscenza del pubblico, o la continuazione, qualora la pratica sia già iniziata, ed anche in questo caso, sempre a cura e spese del professionista, può imporre la pubblicazione del provvedimento, anche per estratto, o in alternativa un'apposita dichiarazione rettificativa, in modo da impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti.

III.4.4 - La segnalazione

In base al nuovo Regolamento²¹⁵, d'ora in avanti indicato come Regolamento AGCM, l'Autorità può accertare e bloccare,

²¹⁴ Si tratta della c.d. *moral suasion*, su cui si tornerà a breve.

²¹⁵ G.U. n. 200 del 28 agosto 2012, p. 36, approvato con delibera dell'8 agosto 2012, provv. n. 23788, e *Bollettino*, anno XXII, n. 34, pubblicato sul sito www.agcm.it il 10 settembre 2012, recante Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità

di propria iniziativa o su segnalazione dei soggetti interessati, le pratiche commerciali scorrette e le pubblicità ingannevoli e comparative illecite²¹⁶.

Ai segnalanti non sono richieste particolari formalità, versamenti a favore dell'Antitrust o l'assistenza di un avvocato²¹⁷.

Il Regolamento AGCM prevede però, a pena di irricevibilità, un contenuto minimo della segnalazione, ovvero che questa contenga gli elementi idonei ad identificare la pratica contestata, nonché i dati identificativi del soggetto denunciante²¹⁸.

ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie.

²¹⁶ Si veda a tal proposito la nt. 196. L'art. 1 del Regolamento AGCM prevede inoltre che «ogni soggetto, di cui all'articolo 18, comma 1, lettere a), b), d-*bis*) del Codice del Consumo, od organizzazione, che ne abbia interesse, può richiedere [...] l'intervento dell'Autorità».

²¹⁷ È però previsto, ai sensi dell'art. 4 secondo comma, lett. a), che l'istanza contenga tutti i dati anagrafici dell'istante, inclusi i recapiti telefonici, indirizzo di posta elettronica e eventuale numero di fax. Questi dati sono richiesti al fine di consentire all'Antitrust di ricontattare l'interessato per avere le ulteriori informazioni che potrebbero rendersi necessarie.

²¹⁸ In assenza di tali elementi minimi, il responsabile dell'unità organizzativa competente per materia riscontra la non ricevibilità. Resta salva la possibilità per il denunciante di ripresentare l'istanza di intervento in forma completa, così come la possibilità per l'Autorità di procedere d'ufficio a ulteriori approfondimenti ai fini di un eventuale avvio di istruttoria. Della critica a quest'ultima possibilità d'intervento, prevista anche dal Codice, si è già detto alla nt. 196.

Nell'istanza di intervento devono essere però essere indicate, a pena di decadenza, eventuali esigenze di riservatezza, ai sensi del terzo comma dell'art. 4.

I consumatori che intendono segnalare una pratica commerciale scorretta o una pubblicità ingannevole possono farlo tramite posta ordinaria, fax, oppure per via telematica compilando e inviando un apposito modulo di segnalazione *on line*²¹⁹. Le stesse modalità di segnalazione sono valide anche per le imprese, le società o i liberi professionisti relativamente ai messaggi pubblicitari ingannevoli o che contengono comparazioni illecite sulla vendita di beni o servizi.

Per consentire all'Autorità di svolgere al meglio il proprio compito di tutela, è importante che i segnalanti siano il più possibile precisi e dettagliati nel descrivere i fatti e forniscano, se disponibili, copia dei documenti o dei messaggi per i quali si chiede l'intervento²²⁰.

²¹⁹ L'intervento dell'Autorità si può richiedere, oltre che tramite il richiamato *webform*, anche attraverso la PEC, ovvero la Posta Elettronica Certificata.

²²⁰ L'art 4, secondo comma, lett. b), parla di «elementi idonei a consentire una precisa identificazione» sia del professionista che della condotta contestata, indicando in particolare data o periodo di diffusione del messaggio o dell'iniziativa promozionale, mezzo di comunicazione utilizzato, luogo e modalità di attuazione della pratica, nonché del bene o servizio interessato. È altresì previsto, alla lett. c), che l'istante fornisca «ogni elemento ritenuto utile alla valutazione dell'Autorità», includendo la copia di eventuali reclami già inoltrati al professionista e l'esito degli stessi, così come copia dell'eventuale della corrispondenza intercorsa con lo stesso e/o della documentazione contrattuale.

I formulari, cui si accede tramite il modello di segnalazione, oppure *online*, sono utili al segnalante per descrivere i fatti che possono essere di interesse per l'Antitrust in base alle competenze attribuite dal Codice del Consumo e dal D.Lgs. n. 145 del 2007 sulla pubblicità ingannevole e comparativa²²¹.

In applicazione del nuovo Regolamento AGCM, dopo l'inoltro di una segnalazione all'Autorità, non seguirà ulteriore comunicazione da parte degli Uffici, se non nella circostanza di un eventuale avvio di istruttoria²²².

In caso di mancato avvio dell'istruttoria nel termine di 180 giorni dal ricevimento della segnalazione, quest'ultima si intende definita con un'archiviazione o un non luogo a provvedere²²³.

²²¹ A tal fine, l'Allegato II del nuovo Regolamento costituisce un modello di riferimento per le segnalazioni *de qua*.

²²² Il terzo comma dell'art. 5 stabilisce che l'invio di una comunicazione da parte dell'Autorità riguardo l'archiviazione o la chiusura del procedimento pre-istruttorio è facoltativa.

²²³ Qualora non venga avviato il procedimento nel termine indicato, la fase pre-istruttoria si intende chiusa con non luogo a provvedere ai sensi del primo comma dell'art. 5, lett. f).

III.4.5 - Il procedimento

III.4.5.1 La fase pre-istruttoria

Una volta ricevuta la segnalazione, l'Autorità deve verificarne la ricevibilità, ovvero individuare la presenza di quei requisiti minimi ricordati al paragrafo precedente²²⁴.

Qualora questa sia ricevibile, la fase pre-istruttoria può essere chiusa per archiviazione determinata dall'inapplicabilità della legge, ovvero per l'assenza di una condotta che integri quanto previsto dalla disciplina sulla pubblicità ingannevole o dal Codice, o altresì per la manifesta infondatezza della segnalazione²²⁵.

Inoltre l'istanza può essere archiviata quando il trasgressore abbia rimosso i profili di possibile ingannevolezza o illiceità contestati, a seguito della già richiamata '*moral suasion*' da parte dell'AGCM²²⁶.

²²⁴ Da segnalare che una volta presentata istanza, essendo l'interesse pubblico alla repressione delle pratiche scorrette ad essere tutelato, l'istante non può più ritirarla. Sul punto si è espresso il Tar Lazio, I, sent. n. 5816 del 27 giugno 2007 in tema di pubblicità ingannevole.

²²⁵ Come stabilito dal combinato delle lett. a) e b) dell'art. 5 del Regolamento AGCM.

²²⁶ Il quinto comma dell'art. 4 prevede, in linea con quanto disposto dal settimo comma dell'art. 27 del Codice, che esclusi i casi di particolare gravità, «qualora sussistano fondati motivi tali da ritenere che il messaggio o la pratica commerciale costituisca una pubblicità ingannevole, una pubblicità comparativa illecita o una

L'Autorità procede all'archiviazione, ai sensi dell'art. 5, lett. e), anche quando la pratica o il messaggio siano manifestamente inidonei a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio²²⁷.

Esiste poi la possibilità, ai sensi dell'art. 5, lett. f), che il procedimento si interrompa per «non luogo a provvedere». È il caso di sporadiche richieste di intervento relative a condotte isolate ovvero non rientranti tra le priorità di intervento dell'Autorità, in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

«Resta impregiudicata la facoltà dell'Autorità di acquisire successivamente agli atti l'istanza di intervento per procedere d'ufficio ad un approfondimento istruttorio, fondato su elementi sopravvenuti o su una diversa valutazione delle priorità di intervento. A tal fine le Direzioni informano periodicamente il Collegio dei procedimenti definiti ai sensi del presente comma»²²⁸.

pratica commerciale scorretta, il responsabile del procedimento, dopo averne informato il Collegio, può invitare il professionista, per iscritto, a rimuovere i profili di possibile ingannevolezza o illiceità di una pubblicità ovvero di possibile scorrettezza di una pratica commerciale».

²²⁷ Da questo punto di vista è da segnalare che la diffusione minima e limitata di un messaggio o la localizzazione circoscritta di una pratica commerciale possono portare all'archiviazione dell'istanza.

²²⁸ Così il secondo comma dell'art. 5 del Regolamento AGCM. Si precisa che ai sensi dell'art. 1, lett. c), il Collegio è composto dal Presidente e dai Componenti dell'Autorità.

III.4.5.2 La fase istruttoria

Il responsabile del procedimento, valutati tutti gli elementi in suo possesso, avvia l'istruttoria entro il termine di 180 giorni dalla ricezione dell'istanza di intervento, comunicandolo alle parti e, ove presenti, informando anche gli altri soggetti interessati che abbiano presentato istanza di intervento²²⁹.

Ai sensi del terzo comma dell'art. 6 del Regolamento AGCM, la comunicazione deve indicare l'oggetto del procedimento, gli elementi acquisiti d'ufficio o contenuti nell'istanza di intervento, il termine per la conclusione dell'istruttoria, l'ufficio e la persona responsabile del procedimento, l'ufficio presso cui si può accedere agli atti, la possibilità di presentare memorie scritte o documenti ed il termine entro cui le memorie e i documenti possono essere presentati.

²²⁹ Si precisa fin d'ora che, ai sensi dell'art. 19, tutte le comunicazioni previste dal Regolamento AGCM, e di seguito richiamate, sono effettuate mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, consegna a mano contro ricevuta, posta elettronica certificata e firma digitale, posta elettronica e fax. In caso di trasmissione tramite posta elettronica certificata o fax, i documenti si considerano pervenuti al destinatario il giorno stesso in cui sono stati inviati, salvo prova contraria. Qualora gli intervenuti fossero numerosi, la comunicazione di avvio dell'istruttoria può essere attuata anche tramite avviso sul bollettino pubblicato sul sito internet istituzionale dell'Autorità e può essere inoltre diffuso a mezzo di un comunicato stampa.

Il termine generale per la conclusione del procedimento è di 120 giorni dalla data di protocollo della comunicazione di avvio dell'istruttoria²³⁰, prorogabili per varie cause²³¹.

Come già ricordato in precedenza, ai sensi dell'art. 8 del Regolamento AGCM, in casi di particolare urgenza l'Autorità può disporre, d'ufficio e con atto motivato, la sospensione

²³⁰ Nel caso in cui il professionista sia residente, domiciliato o abbia sede all'estero, il termine è prolungato di 30 giorni. Tale disposizione si applica anche al termine più lungo, ovvero 150 giorni, previsto in caso di richiesta di parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ai sensi dell'art. 8, comma 6, del decreto legislativo sulla pubblicità ingannevole ovvero dell'art. 27, comma 6, del Codice. In definitiva, nella concomitanza di queste due situazioni, il termine raggiunge i 210 giorni.

²³¹ Per completezza si riporta di seguito il testo integrale del terzo comma dell'art. 7 del Regolamento AGCM, del quale si tralascia l'analisi, non ritenendo che in questa sede sia proficuo un commento dettagliato della scansione temporale della procedura: «l'Autorità può prorogare il termine fino ad un massimo di 60 giorni, in presenza di particolari esigenze istruttorie, nonché in caso di estensione soggettiva od oggettiva del procedimento. Con le stesse modalità, il termine può essere altresì prorogato, fino ad un massimo di sessanta giorni, nel caso in cui il professionista presenti degli impegni o emergano sopravvenute esigenze istruttorie. Ove necessario, può essere disposta l'acquisizione, da altre istituzioni o enti pubblici, di informazioni essenziali ai fini della valutazione della fattispecie, con assegnazione di un termine non superiore a 30 giorni per la risposta. Il termine di conclusione del procedimento è conseguentemente prorogato fino a un massimo di 30 giorni».

della pubblicità ritenuta ingannevole ovvero della pratica commerciale ritenuta scorretta²³².

In questi casi, il responsabile del procedimento, nella comunicazione di avvio dell'istruttoria o successivamente con apposita comunicazione, individua i profili di gravità e urgenza e assegna alle parti un termine non inferiore a cinque giorni per presentare memorie scritte e documenti, trascorso inutilmente il quale rimette gli atti al Collegio per la decisione.

Quest'ultimo può disporre, con atto motivato, la sospensione in via provvisoria del messaggio pubblicitario o della pratica commerciale anche senza acquisire le memorie delle parti quando ricorrano particolari esigenze di indifferibilità dell'intervento.

Entro il termine di sette giorni dal ricevimento del provvedimento di sospensione, il professionista interessato può presentare memorie scritte e documenti a seguito della valutazione delle quali, il Collegio delibera la conferma o la revoca della sospensione provvisoria entro il termine di 30 giorni dalla notifica del provvedimento cautelare.

Tale provvedimento è immediatamente esecutivo, ai sensi del quarto comma dell'art.8 del Regolamento AGCM, e l'eventuale ricorso non ne pregiudica gli effetti.

Il professionista ha inoltre l'obbligo, entro 5 giorni dal ricevimento del provvedimento di sospensione, di comunicare

²³² Ai sensi del terzo comma dell'art. 8 del D.Lgs. sulla pubblicità ingannevole e del terzo comma dell'art. 27 del Codice.

all'Autorità la cessazione della pratica o la diffusione della pubblicità contestata.

Come già accennato trattando i casi di archiviazione, il professionista, per evitare di incorrere in sanzioni e giungere rapidamente alla conclusione positiva della procedura può presentare, entro e non oltre il termine di 45 giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento e mediante apposito formulario, impegni tali da far venire meno i profili di illegittimità della pubblicità o della pratica commerciale²³³.

L'Autorità, dopo aver valutato gli impegni, se li ritiene idonei allo scopo, dispone con provvedimento la loro accettazione «rendendoli obbligatori» per il professionista e chiudendo così il procedimento senza accertare l'infrazione.

Ove questi impegni non siano ritenuti sufficienti, l'Autorità fissa un termine per un'eventuale integrazione.

Successivamente all'accettazione degli impegni, il

²³³ In questo caso si può correttamente ritenere che il professionista formuli sostanzialmente una proposta diretta a concludere un contratto unilaterale, *ex art. 1333 cod. civ.*, dal ch  sembrerebbe quindi che il provvedimento di accettazione dell'Autorit  valga a consolidare gli effetti della proposta, comunque irrevocabile e pertanto gi  di per s  fonte di obbligazioni. In tal senso A.CIATTI, *Commento all'art. 27 cod. cons.*, cit, p. 214. Si segnala inoltre che un apposito formulario   previsto all'Allegato I del Regolamento AGCM.

procedimento può comunque essere riaperto d'ufficio laddove il professionista non rispetti quanto pattuito²³⁴.

Analogamente, il terzo comma dell'art. 9 del Regolamento AGCM stabilisce che può essere disposta la riapertura della procedura qualora si modifichino le circostanze di fatto su cui si fonda la decisione, ovvero emerga che questa si fondi su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti.

In tutti i casi di grave e manifesta ingannevolezza o illiceità di una pubblicità ovvero scorrettezza di una pratica commerciale oppure in caso di inidoneità degli impegni offerti a rimuovere i profili contestati, l'Autorità delibera il rigetto della proposta, comunicandolo tempestivamente al professionista²³⁵.

Durante tutta la durata del procedimento, a norma dell'art. 10 del Regolamento AGCM, i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui può derivare un pregiudizio dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria, hanno facoltà di intervenire, inoltrando apposito atto, debitamente sottoscritto, contenente, oltre ai dati essenziali richiesti per l'istanza a pena di irricevibilità, un'adeguata motivazione circa lo specifico interesse ad intervenire, anche con riferimento al contributo che possono apportare all'istruttoria.

²³⁴ L'archiviazione del procedimento con impegni è comunque impugnabile davanti al giudice amministrativo, e sono a ciò legittimati tutti i soggetti di cui all'art. 10 del Regolamento AGCM ovvero quelli con potere di intervento, ancorché non intervenuti. In tal senso A.CIATTI, *Commento all'art. 27 cod. cons.*, cit, p. 215.

²³⁵ Come previsto ai sensi dell'art. 9, lett. c), del Regolamento AGCM.

Sempre ai sensi dell'articolo in parola, il responsabile del procedimento, valutate la regolarità e la completezza della richiesta di partecipazione, comunica al richiedente se può intervenire, accedendo agli atti del procedimento ai sensi dell'art. 11 e presentando memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri²³⁶.

Sono sottratte all'accesso le note, le proposte ed ogni altra elaborazione degli uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto di atti, così come possono essere sottratti all'accesso, in tutto o in parte, i verbali delle adunanze del Collegio, nonché i documenti inerenti a rapporti tra l'Autorità e le istituzioni dell'Unione europea, nonché tra l'Autorità e gli organi di altri Stati o di altre organizzazioni internazionali, dei quali non sia stata autorizzata la divulgazione²³⁷.

²³⁶ L'accesso ai documenti non è totale. Il secondo e il terzo comma dell'art. 11 del Regolamento AGCM prevedono infatti casi di esclusione quando, ad esempio, vi siano contenute «informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario, relative a persone e professionisti coinvolti nei procedimenti». Il diritto di accesso, in questi casi, è consentito, in tutto o in parte, solo nei limiti in cui ciò sia necessario per assicurare il contraddittorio, mentre i documenti che contengono segreti commerciali sono comunque sottratti all'accesso, a meno che non forniscano elementi di prova di un'infrazione o elementi essenziali per la difesa di un professionista, allorché gli uffici ne possono consentire l'accesso, limitandosi agli elementi di prova salienti.

²³⁷ Per quel che concerne gli atti interni la ragione è rinvenibile nell'opportunità di non divulgare o anticipare l'orientamento

Ai sensi del settimo comma dell'art. 11 del Regolamento AGCM possono altresì essere sottratti all'accesso, per ragioni di riservatezza o segretezza, le informazioni per le quali sia stato espressamente presentata richiesta motivata. Qualora tale richiesta venga respinta, il responsabile del procedimento ne dà motivata comunicazione ai soggetti interessati.

Quest'ultimo può inoltre disporre motivatamente il differimento dell'accesso ai documenti sino a quando non sia accertata la loro rilevanza ai fini della prova delle infrazioni e comunque non oltre la comunicazione della data di conclusione della fase istruttoria.

Il diritto di accesso, ai sensi dell'undicesimo comma dell'art. 11 del Regolamento AGCM, si esercita mediante richiesta scritta e motivata, sulla quale il responsabile del procedimento provvede entro trenta giorni.

Il responsabile del procedimento acquisisce nel corso dell'istruttoria ogni elemento utile alla valutazione della fattispecie. A tal fine può richiedere informazioni e documenti ad ogni soggetto pubblico o privato e può altresì fissare audizioni, presiedendole, in cui le parti o i terzi siano sentiti nel rispetto del principio del contraddittorio, stabilendo un termine inderogabile per il loro svolgimento²³⁸.

dell'Autorità in merito al procedimento, o a futuri procedimenti. In tal senso A.CIATTI, *Commento all'art. 27 cod. cons.*, cit, p. 215.

²³⁸ Come risultante dal combinato del primo e secondo comma dell'art. 12 del Regolamento AGCM. Tale potere è espressamente riconosciuto all'autorità anche dall'ultimo periodo del terzo comma dell'art. 27 del Codice, che a sua volta precisa come a tale funzione si

Si precisa inoltre che le parti sentite possono farsi rappresentare da un difensore o da una persona di loro fiducia previa attestazione del potere di rappresentanza.

Ai sensi del quarto comma dell'art. 12 del Regolamento AGCM, «dello svolgimento delle audizioni è redatto verbale, contenente le principali dichiarazioni delle parti intervenute alle audizioni. Il verbale è sottoscritto, al termine dell'audizione, dal responsabile del procedimento e dalle parti medesime. Quando taluna delle parti non vuole o non è in grado di sottoscrivere il verbale ne è fatta menzione nel verbale stesso con l'indicazione del motivo. Al termine dell'audizione è consegnata una copia del verbale alle parti intervenute che ne facciano richiesta»²³⁹.

Sempre ai fini della valutazione di ogni elemento rilevante ai fini dell'istruttoria, il Collegio può autorizzare perizie e analisi statistiche ed economiche proposte dal responsabile del procedimento, nonché la consultazione di esperti, designati attraverso il parere di università, centri di ricerca o istituti a carattere scientifico all'uopo incaricati dall'Autorità, dandone comunicazione alle parti, anche per quel che concerne i risultati finali²⁴⁰.

applicino le disposizioni di cui al secondo, terzo e quarto comma dell'art. 14 della L. 10 ottobre 1990, n.287.

²³⁹ È previsto inoltre che, ai soli fini della predisposizione del verbale, le audizioni possano essere registrate.

²⁴⁰ Il ricorso a tali strumenti di indagine è disciplinato dall'art. 13 del Regolamento AGCM. Da segnalare che sono ammessi a tali operazioni anche i soggetti ai quali è stato comunicato l'avvio del procedimento e quelli intervenuti ai sensi dell'articolo 10, e che è

L'Autorità, per tramite del Collegio, può inoltre autorizzare le ispezioni proposte dal responsabile del procedimento presso chiunque sia ritenuto in possesso di documenti aziendali utili ai fini dell'istruttoria²⁴¹.

Ai sensi dell'art. 14 del Regolamento AGCM, «i funzionari dell'Autorità incaricati dal responsabile del procedimento di procedere alle ispezioni esercitano i loro poteri su presentazione di un atto scritto che precisi l'oggetto dell'accertamento e le sanzioni per il rifiuto, l'omissione o il ritardo, senza giustificato motivo, di fornire informazioni ed esibire documenti richiesti nel corso dell'ispezione, nonché nel caso in cui siano fornite informazioni ed esibiti documenti non veritieri»²⁴².

loro riconosciuta la possibilità di nominare un consulente, il quale può assistere alle operazioni svolte dal consulente dell'Autorità e presentare, nel termine di dieci giorni dalla comunicazione di cui al comma 4, scritti e documenti in cui svolge osservazioni sui risultati delle indagini tecniche.

²⁴¹ Nei confronti delle amministrazioni pubbliche è previsto che si chieda previamente l'esibizione degli atti.

²⁴² In ogni caso, non costituiscono giustificati motivi di rifiuto o di omissione, ai fini delle sanzioni previste dal quarto comma dell'art. 8 del D.Lgs. sulla pubblicità ingannevole ovvero dal quarto comma dell'art. 27 del Codice, né l'opposizione di vincoli di riservatezza o di competenza imposti da regolamenti aziendali o prescrizioni interne, né le esigenze di autotutela dal rischio di sanzioni fiscali o amministrative, né le esigenze di tutela del segreto aziendale o industriale, salvo i casi in cui l'Autorità riconosca particolari esigenze segnalate al riguardo.

Nello svolgere tali compiti ispettivi, i funzionari possono accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto del soggetto nei cui confronti si svolge l'ispezione, con esclusione dei luoghi di residenza o domicilio estranei all'attività aziendale oggetto dell'indagine, oltre che controllare ed estrarre copia dei documenti e richiedere informazioni e spiegazioni orali, salvo il diritto dei soggetti interessati a farsi assistere da consulenti di propria fiducia, senza tuttavia che l'esercizio di tale facoltà comporti la sospensione dell'ispezione²⁴³.

Di tutta l'attività svolta, con particolare riferimento alle dichiarazioni e ai documenti acquisiti, è redatto processo verbale ai sensi del settimo comma dell'art. 14 del Regolamento AGCM.

L'art. 15 del Regolamento AGCM, rubricato onere della prova, prevede che il responsabile del procedimento possa disporre, ai sensi del quinto comma dell'art. 8 del D.Lgs. sulla pubblicità ingannevole ovvero dal quinto comma dell'art. 27 del Codice, che il professionista fornisca prove sull'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale o alla pubblicità²⁴⁴.

²⁴³ Da segnalare come l'Autorità può avvalersi della collaborazione della Guardia di Finanza che agisce con i poteri ad essa attribuiti per l'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e dell'imposta sui redditi.

²⁴⁴ Tale potere è riconosciuto in attuazione del primo comma dell'art. 12, lett. a), della Dir. 29/2005/CE. Da evidenziare come questo consente all'Autorità di far ricadere sul professionista il rischio per la mancata o insufficiente prova delle infrazioni contestate. Osserva

Di tale richiesta deve dare comunicazione anche alle parti, ricomprendendo quindi gli intervenuti, ed indicando i motivi e gli elementi di prova richiesti, oltre al termine concesso per la produzione della prova.

Ai sensi dell'art. 16 del Regolamento AGCM, il responsabile del procedimento, quando ritenga sufficientemente istruita la pratica, comunica alle parti la data di conclusione della fase istruttoria e indica loro un termine, non inferiore a dieci giorni, entro cui esse possono presentare memorie conclusive o documenti.

Conclusa quindi la fase istruttoria, rimette gli atti al Collegio per l'adozione del provvedimento finale²⁴⁵.

A.CIATTI, *Commento all'art. 27 cod. cons.*, cit, p. 216 s., come ciò sia possibile a condizione che non si realizzi «un irragionevole superamento del principio del contraddittorio fra le parti e del diritto di difesa di coloro che sono sottoposti all'indagine», poiché ciò si ripercuoterebbe sulla validità del provvedimento finale. L'autore in parola, considerando il titolo dell'art. 15, *ivi*, p. 217, aggiunge anche che «di vera e propria inversione dell'onere probatorio, seppur introdotta nel procedimento amministrativo, si deve parlarne con riferimento alla previsione che impone al professionista di provare che non fosse ragionevolmente prevedibile l'impatto della pratica commerciale su un gruppo di consumatori chiaramente individuabile e particolarmente vulnerabile, ai sensi dell'art. 20, terzo comma» del Codice.

²⁴⁵ L'art. 16 disciplina anche il caso in cui fosse necessario, prima di concludere la fase istruttoria, ove previsto dal sesto comma dell'art. 8 del D.Lgs. sulla pubblicità ingannevole ovvero dal sesto comma dell'art. 27 del Codice, richiedere il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, alla quale devono essere quindi trasmessi gli atti del procedimento secondo le modalità di cui all'art.

Quest'ultimo assume le decisioni con delibera collegiale. In particolare, può ritenere non ingannevole o illecito il messaggio pubblicitario ovvero non scorretta la pratica commerciale ovvero chiudere il procedimento per insufficienza degli elementi probatori, o per una delle ragioni di cui all'art. 5, primo comma, qualora i presupposti per l'adozione sono emersi solo nel corso dell'istruttoria²⁴⁶.

Il Collegio può altresì ritenere ingannevole o illecito il messaggio pubblicitario ovvero scorretta la pratica commerciale, emettendo una diffida accompagnata da una sanzione pecuniaria, ed eventualmente dalla pubblicazione di un estratto del provvedimento congiuntamente o

19, primo comma. La procedura, che si riporta per completezza, ma sulla quale non si ritiene necessario soffermarsi, prevede che «l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni comunica il proprio parere entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta. In caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere o senza che l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni abbia rappresentato esigenze istruttorie, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato procede indipendentemente dall'acquisizione del parere stesso. Nel caso in cui l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni abbia rappresentato esigenze istruttorie, il termine di conclusione del procedimento è sospeso, per un periodo massimo di trenta giorni, dalla data di ricezione, da parte dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, delle notizie e documenti richiesti sino alla data in cui pervenga il relativo parere».

²⁴⁶ Va segnalato che in caso di rigetto del ricorso, l'Autorità non può tornare ad esaminare gli stessi fatti, neppure se qualificati in maniera differente. Per un interessante approfondimento sui rapporti fra le norme del processo civile e il procedimento *de quo* si rimanda a A.CIATTI, *Commento all'art. 27 cod. cons.*, cit, p. 219.

alternativamente ad una dichiarazione rettificativa, oppure accompagnata dall'assegnazione di un termine per l'adeguamento della confezione del prodotto.

Un'altra possibilità, già ricordata, è che il procedimento si concluda con una decisione di l'accoglimento degli impegni del professionista, rendendoli obbligatori senza accertamento dell'infrazione contestata in sede di avvio del procedimento.

Il provvedimento finale dell'Autorità, ai sensi dell'art. 17 del Regolamento AGCM, deve essere comunicato alle parti ed ai soggetti eventualmente intervenuti nel procedimento ed è pubblicato, entro venti giorni dalla sua adozione, nel bollettino pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità²⁴⁷.

Tale provvedimento deve contenere l'indicazione del termine ed il soggetto presso cui è possibile ricorrere²⁴⁸.

Nel caso in cui le violazioni siano ancora in essere alla data di adozione della decisione di accertamento di una pubblicità ingannevole o illecita, ovvero di una pratica commerciale scorretta, il professionista, nel termine stabilito nel provvedimento, è tenuto a fornire all'Autorità una

²⁴⁷ Al fine di assicurare la più ampia conoscenza della propria attività istituzionale, l'Autorità può rendere note le proprie decisioni anche attraverso comunicati stampa.

²⁴⁸ Contro le decisioni dell'Autorità è ammesso il ricorso al giudice amministrativo, individuato nel Tar del Lazio ai sensi del terzo comma dell'art. 3 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, al quale viene riconosciuta giurisdizione esclusiva in materia. Si sottolinea come il ricorso possa essere proposto solo per vizi di legittimità e non di merito.

dettagliata e documentata relazione di ottemperanza alla diffida.

§ III.5 - Il ruolo delle Camere di Commercio

Le Camere di Commercio, anche indicate con l'acronimo CCIAA, sono definite come «enti autonomi di diritto pubblico che svolgono funzioni di interesse generale per il sistema delle imprese»²⁴⁹.

Alla luce della nuova normativa del 1993, le CCIAA hanno assunto il ruolo chiave di enti regolatori del mercato, anche per quel che attiene la prospettiva della politica comunitaria di tutela del consumatore²⁵⁰.

²⁴⁹ Così il primo comma dell'art. 1 della L. 29 dicembre 1993, n. 580, recante il Riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, in *Suppl. Ord. G.U.* 11 novembre 1994, n. 7.

²⁵⁰ Così E.BATTELLI, *Commento alla L. 29 dicembre 1993, n. 580*, cit., p. 1796 s. Per una puntuale analisi, qui superflua, dei molteplici compiti svolti dalle Camere di Commercio, così come della loro struttura interna e funzionamento, oltre all'opera sopra citata, si rimanda *ex plurimis* a G.ALPA – F.DEL RE – P.GAGGERO, *Le Camere di Commercio e la regolazione del mercato*, Milano, 1995; G.ARMAO, *Il nuovo ordinamento delle Camere di Commercio*, Palermo, 1996; R.FRICANO, *Le Camere di Commercio in Italia*, Milano, 1996; e *id.*, *Le Camere di Commercio*, Rimini, 2006; M.E.TEATINI, *Il nuovo ordinamento delle Camere di Commercio*, Padova, 1996;

Per quel che attiene la presente ricerca è bene evidenziare il ruolo attribuito alle Camere di Commercio, in particolare svolto da Unioncamere, per quel che riguarda la correttezza e la trasparenza del mercato, ovvero quelle che possono essere definite come le funzioni di regolazione e controllo del mercato²⁵¹.

L'oggetto primario dell'attività di tutela posta in essere dalle Camere di Commercio è il mercato e la sua efficienza, e ciò si ripercuote indirettamente anche sui consumatori, in quanto attori dello stesso, ragion per cui appare ragionevole affermare che questi ultimi sono garantiti indirettamente dalle CCIAA non già come oggetto di tutela autonomo, ma bensì di

G.F.FERRARI, *Le Camere di Commercio e le innovazioni normative di cui alla L. 580/93*, Milano, 1997; L.FIORENTINO, *Le Camere di Commercio. Organizzazione e funzionamento*, Rimini, 1997 e *id.*, *Le Camere di Commercio*, Rimini, 2004.

²⁵¹ Così E.BATTELLI, *Commento alla L. 29 dicembre 1993, n. 580*, cit., p. 1803, che sottolinea come sia stato profuso un grande impegno nell'attività di coordinamento e armonizzazione delle Camere nel campo della regolazione del mercato, pur rispettandone l'autonomia. In particolare questo impegno ha riguardato, oltre ad una crescente comunicazione fra le Camere e le organizzazioni che rappresentano le imprese e le associazioni di consumatori, «il maggior coordinamento delle attività camerali per il controllo sui prodotti (sicurezza, provenienza, composizione, ecc..) a tutela del mercato e della concorrenza [...] valorizzando, nei confronti delle imprese e dei consumatori, il contributo che queste attività svolgono a vantaggio del *Made in Italy*», *ivi*, p. 1805.

in conseguenza dell'esperimento delle funzioni svolte per altro scopo²⁵².

All'art. 2 della L. n. 580/1993, vengono elencate le nuove attribuzioni delle Camere, in particolare le funzioni di sostegno e di promozione degli interessi generali delle imprese, nonché ulteriori funzioni specifiche nelle materie amministrative ed economiche relative al sistema delle imprese.

Il secondo comma dell'art. 2 stabilisce inoltre che per il perseguimento dei propri scopi, le Camere di Commercio possono promuovere, realizzare e gestire «strutture e infrastrutture di interesse economico generale [...] direttamente oppure mediante la partecipazione [...] con altri soggetti pubblici o privati, ad organismi anche associativi, ad enti, a consorzi e a società», ovvero costituire aziende speciali operanti secondo le norme del diritto privato.

Nell'ambito della definizione dei poteri spettanti alle Camere di Commercio, il quarto comma dell'art. 2 della L. n. 580/1993 conferisce loro la possibilità di promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie fra imprese, consumatori e utenti, così come di predisporre e promuovere contratti-tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti e infine di promuovere

²⁵² D.CENA, *Riforma delle Camere di commercio e tutela del Consumatore*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 2, 1996, p. 946, che afferma come, nel quadro sopra prospettato, le Camere di Commercio non sono enti di tutela, ma di garanzia degli interessi dei consumatori.

forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti.

In questo contesto, riveste notevole importanza quanto stabilito dal quinto comma dell'articolo in parola, ovvero la facoltà riconosciuta alle CCIAA di costituirsi parte civile nei giudizi relativi ai delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio e, soprattutto, ai fini della presente ricerca, la facoltà, prevista dal secondo periodo del comma in parola, di «promuovere l'azione per la repressione della concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2601 del codice civile».

Quest'ultima attribuzione, in relazione all'oggetto della tesi, conferisce alle Camere di Commercio un ruolo importante in relazione alla funzione di regolazione del mercato e alla promozione delle condizioni del libero mercato concorrenziale di cui sopra già si è detto²⁵³.

²⁵³ Si evidenzia quanto affermato da G.GHIDINI – M.C.MINERI, *Reprimere la concorrenza sleale*, in *Impresa & Stato – Rivista della Camera di Commercio di Milano*, n. 44-45, rinvenibile online all'indirizzo <http://impresa-stato.mi.camcom.it/> (in data 11 dicembre 2013). Particolarmente rilevante appare quanto espresso dagli autori nell'ultimo periodo: «alla luce delle innovazioni introdotte dall'art. 2, comma quinto, L. n. 580/93, è stato realizzato da chi scrive, su incarico della C.C.I.A.A. di Milano, un progetto editoriale volto ad analizzare e a raccogliere i principi giurisprudenziali in materia di concorrenza sleale. Il lavoro si propone di fornire agli imprenditori che operano sul mercato una guida che consenta di discernere i comportamenti illeciti da quelli leciti e di contribuire in tal modo alla tutela della correttezza del mercato concorrenziale. È stato altresì elaborato un modello di procedimento che, a tutela degli interessi pubblici e privati coinvolti, garantisca la trasparenza

L'art. 2601 cod. civ. già prevede infatti, quale forma di tutela collettiva del mercato concorrenziale, che «quando gli atti di concorrenza sleale pregiudicano gli interessi di una categoria professionale, l'azione per la repressione della concorrenza sleale può essere promossa anche dalle associazioni professionali e dagli enti che rappresentano la categoria»²⁵⁴.

Rilevanti ai fini della presente ricerca sono anche le funzioni preventive di contrasto della concorrenza sleale che le

e l'imparzialità dell'operato della Camera di Commercio nei casi in cui, avvalendosi della legittimazione ora conferitale dall'art. 2, quinto comma, L. n. 580/93, decida di promuovere l'azione di concorrenza sleale. Il modulo procedimentale si inquadra infatti negli strumenti di partecipazione ai procedimenti amministrativi previsti in via generale dalla L. 7 agosto 1990, n. 241 (artt. 7 e s.), e si ricollega altresì alle garanzie partecipative di soggetti portatori di interessi pubblici e privati assicurate in via di principio, nell'area di tutela della concorrenza, dall'art. 10 e seguenti della L. 10 ottobre 1990, n. 287, e dal relativo regolamento di attuazione approvato con D.P.R. 10 settembre 1991, n. 461. Mediante la previsione di tale modulo procedimentale, appare importante rilevare che l'interesse collettivo facente capo ai consumatori, che erano e restano esclusi dall'azione contro la concorrenza sleale, sia come singoli che come categorie associativamente organizzate, riceve ora una legittimazione espressa e quindi una effettiva tutela».

²⁵⁴ Osserva C.M.MAYR, *Commento all'art. 2601 cod. civ.*, in *Commentario Breve al Codice civile*, a cura di G.Cian, Padova, 2007, p. 3143, che «l'ipotesi di più frequente applicazione è quella della violazione delle denominazioni d'origine. L'art. in parola è stato ritenuto applicabile al comitato per la difesa dei consumatori (trib. Milano, sent. 7 febbraio 1980, in *G. ann. D. ind.* 1980, p. 204)».

Camere di Commercio svolgono attraverso il lavoro congiunto con le associazioni di consumatori, per esempio mediante la predisposizione dei c.d. Codici di Autodisciplina, ed ancor più la funzione incentivante che questi enti effettuano promuovendo l'utilizzo degli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie²⁵⁵.

Le CCIAA, *ex quarto comma*, lett. a), dell'art. 2 della L.580/1993, erano già chiamate ad istituire commissioni conciliative in esecuzione di vere e proprie funzioni istituzionali di risoluzione delle controversie²⁵⁶, e tale ruolo è stato confermato dal D.Lgs 28/2010 a norme del quale questi enti possono istituire organismi di mediazione²⁵⁷.

Da ultimo si ricorda come alle Camere di Commercio sia riconosciuta la facoltà di promuovere azioni inibitorie ai sensi del primo comma dell'art. 37 del Cod. del Consumo.

²⁵⁵ Come osservato da parte della dottrina «le Camere di Commercio si sono dimostrate un fattore trainante del fenomeno di conciliazione e dell'applicazione pratica di questo strumento. Da un lato gli enti camerali sono stati promotori di seminari, convegni ed eventi formativi sul tema della conciliazione, rivolti a professionisti, imprenditori, mondo associativo e consumatori. Dall'altro si sono progressivamente strutturate per offrire lo strumento conciliativo a tutti gli operatori del mercato». Così M.CICOGNA, G.DI RAGO, G.N.GIUDICE, *La Conciliazione Commerciale. Manuale teorico-pratico*, Rimini, 2004, p. 347.

²⁵⁶ In tal senso E.MINERVINI, *Le Camere di commercio e la conciliazione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 939.

²⁵⁷ Per la trattazione di questo aspetto si rimanda a quanto detto al paragrafo precedente.

È stato peraltro osservato in dottrina che l'introduzione di tale previsione nel codice in parola, per quanto rappresenti una novità di rilievo dal punto di vista del profilo sistematico, sia in realtà poco significativa a livello pratico, non risultando casi di azione o intervento da parte delle Camere di Commercio in procedimenti di tutela inibitoria²⁵⁸.

§ III.6 - Mediazione e conciliazione

In via preliminare, si osserva come i due istituti in parola abbiano principi comuni, che portano spesso alla sovrapposizione, se non alla confusione, delle due figure²⁵⁹.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 28/2010, il tradizionale procedimento di conciliazione ha trovato un'organica disciplina legislativa, assumendo il più appropriato nome di mediazione²⁶⁰.

²⁵⁸ E.VULLO, *Commento all'art. 37 cod. cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, I ed., Padova, 2010, p. 395.

²⁵⁹ T.FRAGOMENI, *Mediazione e conciliazione*, Piacenza, 2011, p. 37, che pone in evidenza i principi comuni ai due istituti in parola.

²⁶⁰ Si tratta del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, *Attuazione dell'art. 60 della L. 18 giugno 2009, n. 69*, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, pubblicato nella *G.U.* del 5 marzo 2010, n. 53. Tale norma è stata di recente modificata, in seguito ad una pronuncia di incostituzionalità da parte della Corte Cost., con la sent. n. 272/2012, del 24 ottobre 2012,

Invero, dopo l'entrata in vigore della nuova norma ora citata, si utilizza il termine conciliazione per indicare il raggiungimento dell'accordo, mentre tutta la fase che si potrebbe definire *lato sensu* istruttoria, ovvero l'*iter* che può portare ad un accordo, consiste nell'attività di mediazione²⁶¹.

Spesso, a tal proposito, questo istituto viene anche denominato 'media-conciliazione',²⁶².

III.6.1 - Brevi cenni sulla conciliazione stragiudiziale *ante* riforma.

Fino all'entrata in vigore della norma quadro sulla mediazione, la disciplina della conciliazione era lasciata soprattutto al ruolo dell'interprete.

L'ordinamento italiano non possedeva infatti una normativa organica sulla conciliazione extragiudiziale, ma piuttosto una legislazione che prevedeva l'esperimento del tentativo di conciliazione all'interno di diverse discipline di settore.

pubblicata nella *G.U. 1° serie spec.*, n. 49, del 12 dicembre 2012, dal c.d. 'Decreto del fare', ovvero il D.L. n. 69/2013, convertito con modificazioni con L. 8 agosto 2013, pubblicata in *G.U.* n. 194 del 20 agosto 2013.

²⁶¹ Come stabilito dall'art. 1, primo comma, lett. b) e lett. c) del D.Lgs. n. 28/2010.

²⁶² T.GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile*, Milano, 2010, p. IX.

Questa situazione aveva portato alcuni autori ad osservare come si fosse in presenza di «un quadro normativo che, seppure dotato di numerose disposizioni, si caratterizza per la sua eterogeneità, per la sua eccessiva frammentarietà, per la sua incapacità di essere ricondotto ad unità»²⁶³.

Non era presente, in altri termini, una filosofia unitaria, sottesa alle varie norme, che consentisse di individuare caratteristiche ed elementi costitutivi comuni all'istituto della conciliazione, indipendentemente dall'ambito nel quale esso fosse collocato, e questo ingenerava una qualche confusione dovuta all'eccessiva frammentarietà normativa, rivelando sostanzialmente una certa incoerenza di fondo, e questo anche volendo condividere l'analisi di chi ha ritenuto che la «multiformità» della disciplina costituisse anche uno sforzo di adeguamento alla eterogeneità tipica dei conflitti²⁶⁴.

La dottrina si è da sempre interrogata su quali controversie si prestassero meglio ad essere trattate, e se del caso risolte attraverso la conciliazione, atteso anche il fatto che sia la prassi comunitaria che quella internazionale da lungo tempo considerano questo strumento utilissimo al fine di addivenire ad una soluzione per le liti di modico valore, di frequente riguardanti i consumatori, e spesso definite negativamente come bagatellari²⁶⁵.

²⁶³ P.BARTOLOMUCCI, voce *Conciliazione extragiudiziale*, in *Dig. civ.*, Aggiornamento III, Torino, 2007, p. 214.

²⁶⁴ Quest'ultima posizione era assunta da A.ROSSI, voce *Conciliazione*, I) Dir. proc. civ., in *Enc. giur.*, VII, 1988, 1 s.

²⁶⁵ P.BARTOLOMUCCI, voce *Conciliazione extragiudiziale*, cit., p. 214.

Alla luce di quanto detto si comprende come non sia semplice dare una definizione univoca di conciliazione.

In passato sia il procedimento che l'atto conclusivo dello stesso, laddove si giungesse ad una conclusione favorevole, ovvero alla stipula di un accordo, rientravano nell'ampio concetto di conciliazione ed erano entrambi indicati con questo termine.

Il primo e unico tentativo di definizione, fino all'attuale normativa in tema di mediazione, venne dato dal legislatore nell'ambito della riforma del diritto societario, e precisamente all'art. 1, lett. d), del D.M. 23 luglio 2004, n. 222, recante il regolamento di attuazione del D.Lgs. n. 5/2003²⁶⁶.

L'articolo in parola definiva la conciliazione come «il servizio reso da uno o più soggetti, diversi dal giudice o dall'arbitro, in condizioni di imparzialità rispetto agli interessi in conflitto e avente lo scopo di dirimere una lite già insorta o che può insorgere tra le parti, attraverso modalità che comunque ne favoriscono la composizione autonoma», identificando perlomeno gli elementi minimi che questa deve possedere.

²⁶⁶ C.MENICHINO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di A.Castagnola e F.Delfini, Milano, 2010, p. 3.

III.6.2 - Il nuovo istituto della mediazione civile e commerciale

La mediazione di cui qui si tratta offre la possibilità di raggiungere la composizione delle controversie civili e commerciali, vertenti su diritti disponibili, tra due o più soggetti, tramite l'assistenza di un mediatore indipendente, imparziale e neutrale, ed è altresì una forma di risoluzione delle controversie caratterizzata dalla rapidità, dalla semplicità, dalla riservatezza e dall'economicità²⁶⁷.

Ai fini del presente lavoro, la conciliazione viene in considerazione come strumento alternativo di risoluzione delle controversie che possono nascere tra imprese e consumatori,

²⁶⁷ Questo risulta dalla lettura combinata degli artt. 1-3 del D.Lgs. n. 28/2010. In dottrina, per un'analisi completa circa i vantaggi ora solo brevemente elencati, si veda E.BATTELLI, *Commento alla L. 29 dicembre 1993, n. 580*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, diretto da A.Zaccaria – G.De Cristofaro, I ed., Padova, 2010, p. 1814. Per quel che attiene specificamente l'economicità l'art. 17 D.Lgs. n. 28/2010 stabilisce che «tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura» e che «il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente». Va inoltre evidenziato come, a seguito della pronuncia della Corte Cost. di cui alla nt. 260, è venuta meno la possibilità di avvalersi delle condizioni di ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

avente come finalità la composizione in maniera spontanea e, per così dire, pacifica, dei contrasti insorti²⁶⁸.

Le parti possono utilizzare tale strumento per trovare di comune accordo una soluzione che ponga fine alla controversia prima che questa si trasformi in lite vera e propria, e per fare ciò si avvalgono dell'aiuto di un terzo neutrale ed imparziale, detto conciliatore o mediatore, prima di attivare un procedimento contenzioso ordinario o stragiudiziale²⁶⁹. Il

²⁶⁸ In tal senso, il tratto 'amichevole' della conciliazione emerge già nella definizione di mediazione data dal primo comma, lett. a), dell'art. 1, in cui si dice che questa è finalizzata alla «ricerca di un accordo amichevole». Così anche il terzo comma dell'art. 8 del D.Lgs. n. 28/2010 prevede che «il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia», ed anche il primo comma dell'art. 11, in tema di conciliazione, parla di «accordo amichevole». Sottolinea come la soluzione al conflitto debba emergere dalle parti E.M.APPIANO, *Contributo al dibattito sulla mediazione civile e commerciale*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 1, 2011, p. 100, che parlando del ruolo del mediatore nel campo delle c.d. *facilitative mediation* afferma che «una volta fatto emergere cosa è di comune interesse alle parti, egli deve limitarsi a condurre la discussione formulando ipotesi di ragionamento quanto mai aperte, in modo tale che siano gli stessi contendenti ad individuare come risolvere le cause del loro conflitto».

²⁶⁹ Con ciò ci si riferisce al fatto che generalmente il ricorso allo strumento conciliativo è antecedente all'instaurazione di un giudizio ordinario. Appare opportuno precisare come sia in ogni caso sempre possibile ricorrere a questo strumento, anche a processo iniziato, proprio con l'intento di porvi fine qualora si trovi un accordo soddisfacente per entrambe le parti.

conciliatore, peraltro, svolge una funzione meramente ausiliaria, non essendo investito di alcun potere decisionale²⁷⁰.

In questo senso, la conciliazione configura uno strumento di risoluzione delle controversie rientrante nella categoria delle soluzioni c.d. di autocomposizione eterodirette²⁷¹.

Il tentativo di conciliazione avviene su base volontaria e si caratterizza per l'assenza di vincolatività, in primo luogo poiché l'attivazione della procedura è una libera scelta delle parti²⁷², ed in secondo luogo perché il soggetto nei confronti del quale questo tentativo è promosso può liberamente decidere

²⁷⁰ Nel mondo anglosassone questa prende il nome di *facilitative mediation* proprio per il ruolo di facilitatore che il conciliatore assume avvicinando le parti.

²⁷¹ In tal senso M.CICOGLIA, G.DI RAGO, G.N.GIUDICE, *Manuale delle tecniche di mediazione nella nuova conciliazione*, Rimini, 2010, p. 43. Gli autori forniscono anche un quadro generale, dividendo le ADR in tre grandi categorie, all'interno delle quali si possono distinguere le procedure di autocomposizione delle controversie, quelle eterocomposizione e, appunto, quelle di autocomposizione eterodiretta. Per un approfondimento, *ivi*, p. 30 s.

²⁷² Proprio sulla non obbligatorietà della mediazione si è espressa la Corte Cost. nella sentenza richiamata alla nt. 260, dichiarando incostituzionale la norma che aveva introdotto l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, previsto al primo comma dell'art. 5 del vecchio testo, ora riformato. A proposito della vincolatività nel merito, si evidenzia inoltre come l'art. 1, lett. b), del D.lgs. n. 28/2010, definendo la figura di mediatore precisi come questo, persona fisica o collegio che sia, è privo, «in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo».

se parteciparvi o, alternativamente, optare per l'avvio di un procedimento di altra natura²⁷³.

Va sottolineato che l'iniziale accettazione a porre in essere tale procedura non risulta essere vincolante per le parti, non dovendosi in seguito giungere obbligatoriamente ad un accordo ove appaia impossibile trovare una soluzione condivisa²⁷⁴.

Qualora invece l'accordo venga raggiunto, questo assume la forma di una stipulazione contrattuale liberamente negoziata fra i contendenti con l'aiuto del conciliatore²⁷⁵.

²⁷³ In tal senso C.VACCÀ, *La mediazione delle controversie*, I ed., Milano, 2010, p. 75.

²⁷⁴ Tale evenienza è espressamente prevista dal legislatore al quarto comma dell'art. 11, infatti se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta; il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Nello stesso verbale, il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione. Stante la non obbligatorietà della partecipazione alla mediazione, e tanto meno della conciliazione conclusiva, resta ferma invece l'applicabilità degli artt. 92 e 96 cod. proc. civ. per quel che attiene il comportamento delle parti che può essere suscettibile dell'apprezzamento da parte del giudice qualora alla mediazione segua una domanda giudiziale.

²⁷⁵ Dello stesso avviso, *ex plurimis*, C.MENICHINO, in *La mediazione*, cit., p. 8, che evidenzia come al secondo comma dell'art. 12 del D.Lgs. n. 28/2010 sia previsto che il verbale di conciliazione, se omologato con decreto dal Presidente del Tribunale, acquisti l'efficacia di titolo esecutivo. Da sottolineare inoltre che il secondo periodo del terzo comma dell'art. 11 prevede che quando con la

Le condizioni alle quali le parti pongono termine alla controversia, sottoscritte alla presenza del conciliatore, sono così recepite dalla scrittura privata allegata al verbale di conciliazione, che «individua le reciproche obbligazioni secondo uno schema negoziale nel quale confluiscono taluni elementi della transazione, del negozio di accertamento, del mandato a transigere, finanche dell'arbitrato irrituale, mentre i rimedi disciplinati dal codice in relazione ai differenti vizi del contratto trovano puntuale applicazione dei confronti dell'accordo conciliativo»²⁷⁶.

La natura non giurisdizionale di questo tipo di conciliazione consente al mediatore di ascoltare separatamente le parti senza violare il principio del contraddittorio, determinando a propria discrezione la durata del tentativo avendo contezza delle reali possibilità di giungere ad un accordo extragiudiziale²⁷⁷.

conciliazione le parti «concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile», ovvero atti relativi a beni immobili soggetti a trascrizione, «per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato».

²⁷⁶ Così C.VACCÀ, *La mediazione*, cit., p. 76.

²⁷⁷ Nel D.Lgs. n. 28/2010, all'art. 9, a proposito della facoltà di avere colloqui individuali, e senza contraddittorio, si fa riferimento alle «dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni». In generale, data la natura amichevole della mediazione, e dato l'obiettivo di avvicinare le parti per comporre la lite, ci si permette qui di osservare che il principio del contraddittorio, al di là dell'implicita esclusione che si

Circa i colloqui individuali è da evidenziare il carattere di riservatezza della conciliazione, che si sostanzia nel divieto assoluto di utilizzare le informazioni o le affermazioni emerse durante la procedura in altri ambiti decisionali²⁷⁸.

Il tentativo di conciliazione è connotato dalla prevalenza dei profili 'psicologici' su quelli giuridici: il conciliatore, che fonda la propria credibilità sull'equidistanza dalle parti, individua e valuta le motivazioni e le aspirazioni delle parti stesse, consapevole che le chance di successo dipendono dalla sua capacità di gestire le emozioni dei contendenti, aiutandoli ad elaborare soluzioni riposte su soddisfacenti assetti degli interessi²⁷⁹.

ricava dalla norma ora richiamata, poco si addice alla *ratio* generale dello strumento conciliativo, portando questo principio ontologicamente ad uno scontro di posizioni. L'etimologia stessa del termine contraddittorio, a riguardo, appare eloquente.

²⁷⁸ Il dovere di riservatezza è stabilito dagli artt. 9 e 10 del D.Lgs. n. 28/2010. In particole, quest'ultimo articolo estende al mediatore le norme di cui all'art. 200 cod. pen. in materia di segreto professionale. Osserva E.BATTELLI, *Commento alla L. 29 dicembre 1993, n. 580*, cit., p. 1813, il duplice aspetto della riservatezza, descrivendo da un lato la riservatezza 'interna', intendendo con ciò l'obbligo per il conciliatore di astenersi dal divulgare quanto ascoltato negli incontri individuali con le parti, e dall'altro, pur non nominandola espressamente, delineandone una 'esterna', concretamente da individuare nell'assoluto divieto di utilizzare come prova in un eventuale successivo giudizio quanto emerso in sede di conciliazione.

²⁷⁹ Per un approfondimento di tali aspetti si veda I.BUZZI, *Introduzione alla conciliazione. Principi fondamentali e applicazione della mediazione ai conflitti aziendali e commerciali*, Milano, 2003. In

Al conciliatore non è richiesto di padroneggiare i profili giuridici, tecnici, economici, delle controversie, poiché non deve adottare decisioni, e a tal fine è previsto, a norma del secondo periodo del primo comma dell'art. 8, che l'organismo di mediazione possa nominare uno o più mediatori ausiliari laddove le controversie richiedano specifiche competenze tecniche²⁸⁰.

Il compito del mediatore è quello di aiutare le parti a trovare una soluzione condivisa, e pertanto si potrebbe affermare che la competenza specifica richiesta sia quella di saper distinguere conflitti superflui e conflitti necessari, guidando le parti verso il superamento degli aspetti dai quali la controversia trae origine.

Da questo punto vista, la definizione data dal legislatore alla mediazione appare chiara, laddove la definisce come la possibilità che due o più parti, in un contesto strutturato, si accordino sul contrasto esistente fra loro con l'ausilio di un terzo soggetto qualificato, neutrale ed indipendente, la cui formazione permetta un rinnovato dialogo rispetto alle pregresse posizioni di contrapposizione.

Venendo agli aspetti strettamente procedurali, va sottolineato come gli atti della mediazione non sono soggetti a

particolare, definendo l'importanza dell'imparzialità del conciliatore, precisa come questa non sia una tecnica, ma un atteggiamento, rimarcando la valenza psicologica del ruolo che egli ricopre, *ivi*, p. 183 s.

²⁸⁰ È anche previsto che il mediatore, in determinate circostanze, possa avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali a norma del quarto comma dell'art. 8 del D.Lgs. n. 28/2010.

particolari formalità, ad eccezione della domanda di accesso alla procedura e delle formalità previste per il verbale conclusivo, sia esso di conciliazione ovvero di abbandono della stessa²⁸¹.

La durata massima prevista dalla normativa di riferimento è di quattro mesi, a decorrere dal deposito della domanda di accesso alla mediazione, ovvero dalla scadenza del termine fissato dal giudice per il deposito della stessa²⁸².

I mediatori operano all'interno di organismi, che possono essere enti pubblici o privati²⁸³, iscritti nel Registro degli Organismi di Mediazione istituito presso il Ministero della Giustizia a norma dell'art. 16 del D.Lgs. n. 28/2010.

Si segnala poi come sia previsto, all'art. 4 del D.Lgs. n. 28/2010, che ogni organismo di conciliazione si doti di un proprio regolamento e che, in conseguenza, le procedure di mediazione possono variare in ragione di ciò, pur dovendosi attenere ad un livello minimo individuato *ex terzo comma* dell'art. 16²⁸⁴.

²⁸¹ Come emerge dal combinato degli artt. 3, terzo comma, 4, 8 secondo comma, e 11 del D.Lgs. n. 28/2010. L'istanza di accesso alla mediazione, a norma del secondo comma dell'art. 3, deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa.

²⁸² Così l'art. 6 del D.Lgs. n. 28/2010.

²⁸³ Così come previsto dal primo comma dell'art. 1, lett. e), del D.Lgs. n. 28/2010.

²⁸⁴ Ogni organismo è tenuto a depositare presso il Ministero della giustizia il proprio regolamento di procedura e il codice etico, comunicando ogni successiva variazione. L'iscrizione nel Registro

È altresì prevista la possibilità di svolgere la mediazione secondo modalità telematiche.

Da ultimo appare conveniente segnalare come sia previsto che gli Ordini professionali, fra cui in particolare gli Ordini degli avvocati, possano istituire organismi di mediazione, così come la Camera di Commercio, della quale si dirà nel paragrafo seguente²⁸⁵.

Appare in conclusione opportuno precisare che si tralasciano qui altri aspetti previsti dal D.Lgs. n. 28/2010 in quanto non strettamente attinenti con la presente ricerca.

degli Organi di Mediazione è subordinata all'approvazione di tale regolamento da parte del Ministero stesso.

²⁸⁵ Questo aspetto è regolato dagli artt. 18 e 19 del D.Lgs. n. 28/2010. In particolare si evidenzia come sia garantita una procedura di iscrizione agevolata per gli Ordini degli avvocati, ai quali è riconosciuta inoltre la possibilità di istituire organismi di mediazione presso i tribunali.

CAPITOLO IV

GLI STRUMENTI PECULIARI PREVISTI DAL DIRITTO TEDESCO

§ IV.1 - L'Abmahnung

IV.1.1 - Introduzione

Anticipando l'analisi che verrà approfondita nei paragrafi seguenti, preliminarmente è bene inquadrare brevemente l'istituto tedesco dell'*Abmahnung*, che rappresenta un mezzo di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di concorrenza, nella pratica sviluppatosi già a partire dalla metà degli anni sessanta del secolo scorso²⁸⁶.

Sebbene all'inizio non fosse esplicitamente previsto dall'ordinamento tedesco, tale strumento si è imposto come elemento indiscusso nel diritto della concorrenza e, secondo alcune stime, attraverso il suo utilizzo, solitamente accompagnato dalla c.d. *Unterlassungserklärung* sopra ricordata, ovvero una dichiarazione di astensione di natura contrattuale, ha trovato applicazione, come mezzo di

²⁸⁶ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, 8° ed., München, 2009, p. 373.

risoluzione stragiudiziale, nella quasi totalità delle controversie di natura concorrenziale²⁸⁷.

Oggi, dopo che, per la prima volta, questo istituto è stato introdotto espressamente dal legislatore tedesco nel 2004, attraverso la sua specifica previsione al § 12, primo comma, UWG la maggior parte delle violazioni in ambito concorrenziale viene affrontato attraverso il ricorso a questo strumento stragiudiziale, anche se, in realtà, molte di queste controversie finiscono poi per sfociare in innumerevoli domande giudiziali, spesso decise in ultima istanza dalle Corti d'Appello tedesche, gli *Oberlandesgericht*²⁸⁸.

I soggetti legittimati a proporre un'azione per la cessazione degli atti di concorrenza sleale, ovvero una *Unterlassungsanspruch*, elencati al § 8, terzo comma, nn. 1-4,

²⁸⁷ Alcuni autori, fra cui B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht, ein fallbezogenes Lehrbuch*, Köln-München, 2008, p. 477, affermano che in circa l'80-90% delle controversie sia stata utilizzata come strumento di contestazione un'*Abmahnung*; secondo altri ancora la percentuale sarebbe ancora maggiore, fra questi si veda l'autorevole O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren*, 8° ed., Köln, 2002, p. 470, che giunge ad affermare che la percentuale di utilizzo sia compresa fra il 90% e al 95% dei casi. Dello stesso avviso V.DEUTSCH in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß. Ein Praxishandbuch*, 6° ed., Köln-München, 2009, p. 14, che parla di una percentuale anche maggiore del 90%.

²⁸⁸ D'ora in avanti sempre indicati con l'acronimo OLG. Nel merito, tale affermazione si trova in D.KEHL, *Wettbewerbsrecht*, in *Studienreihe Recht*, vol. XI, Köln-Berlin, 1990, p. 313.

UWG, prima di instaurare un giudizio dovrebbero²⁸⁹ diffidare il presunto inadempiente attraverso l'invio di un'*Abmahnung*, offrendo la possibilità di risolvere stragiudizialmente e celermente la controversia in maniera economicamente vantaggiosa per entrambe le parti²⁹⁰.

L'*Abmahnung* consiste in una 'comunicazione inibitoria', a forma libera, nella quale si descrive chiaramente ad un soggetto una pratica commerciale scorretta che questo non

²⁸⁹ Nel testo del § 12, primo comma, UWG, in tedesco, è utilizzato il verbo «*sollen*», quindi ciò non rappresenta un obbligo imperativo, ma una scelta sollecitata dal legislatore. Dottrina e giurisprudenza sul punto sono unanimi.

²⁹⁰ Seppur con differenze lievi, la dottrina riconosce preminenti vantaggi in taluni casi solo ai soggetti lesi. Sul punto si veda O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 470, il quale ritiene che sia soprattutto una possibilità data a tutto vantaggio del creditore, ovvero del soggetto che muove la contestazione. Secondo altri autori invece è da intendersi conveniente per tutto il sistema, così H.BRÜNING, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 2° ed., München, 2009, p. 2103, il quale parla espressamente di vantaggi non solo per entrambe le parti, ma anche per la Giustizia nel suo complesso, in virtù della possibilità di evitare un processo con tutte le conseguenze immaginabili. Dello stesso avviso A.BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, Greifswald, 2010, p. 1017 s., il quale inoltre sottolinea l'importanza della possibilità, data all'intimato in buona fede, di modificare prontamente i propri comportamenti commerciali, nonché di venire a conoscenza della scorrettezza del proprio operato.

deve intraprendere ovvero deve interrompere oppure non deve ripetere in futuro²⁹¹.

Tale comunicazione, come detto, non è obbligatoria, ma consente, nel caso in cui la controversia venga portata all'attenzione del giudice, di sollevare i soggetti legittimati alla proposizione di tale strumento dal pagamento delle spese di giudizio qualora il diffidato dovesse riconoscere subito, in questa sede, la propria responsabilità.

Infatti nel caso di immediato riconoscimento davanti al giudice del torto, in mancanza di questa *Abmahnung*, che in pratica funge da avviso, (tant'è che alcuni autori la definiscono

²⁹¹ Della mancanza di una particolare forma *ad substantiam* si è occupato anche l'OLG, prima che l'istituto venisse codificato. Si veda, a tal proposito, OLG Hamburg GRUR 1975, 39 s. Inoltre, riguardo la mancanza di una previsione normativa che indichi una forma particolare, v'è da dire che nella prassi si predilige la forma scritta, non tanto per la sua validità quanto più il raggiungimento della successiva prova dell'avvenuta diffida. In particolare, come evidenziato da B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 480, si propende per la comunicazione a mezzo telefax o a mezzo posta elettronica. Circa l'uso preponderante di quest'ultima scrive anche V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 376 s., aggiungendo che solo in pochi casi l'*Abmahnung* avviene per via telefonica; O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 478, cita anche alcune pronunce dell'OLG che hanno ritenuto legittima ed efficace una diffida a voce direttamente presso uno stand di una fiera. Per tale pronuncia si veda: OLG Frankfurt, *Beschluss* 3 maggio 1984 – 6 W 58/84 in WRP 1984, p. 560 s. Sull'ammissibilità di una comunicazione orale, anche a distanza, E.SCHWIPPET, in Gloy/Loschelder/Erdmann, *Handbuch des Wettbewerbsrecht*, 4° ed., Köln–Karlsruhe, 2010, p. 2252.

anche come *Verwarnung*)²⁹², gli attori verrebbero condannati al pagamento delle spese processuali per non aver tentato di risolvere in ogni altro modo la controversia, così come previsto *ex* § 93 ZPO.

IV.1.2 - Qualificazione giuridica

La qualificazione giuridica dell'*Abmahnung* è molto discussa²⁹³.

²⁹² La parola in tedesco significa letteralmente ‘avvertimento’. Fra gli autori possiamo segnalare O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 469, con nota in cui effettua una ricostruzione storica dell'utilizzo dei due termini come sinonimi in dottrina; J.BORNKAMM, *Abmahnung und Unterwerfung*, in *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, a cura di H.Köhler – J.Bornkamm, 30°ed., München, 2012, p. 1300 s.; V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 18; H.BRÜNING, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *Gesetz*, cit., p. 2103. Numerosi altri autori utilizzano un sinonimo, ovvero *Warnung*, confermando la natura di avvertimento intrinseca all'istituto in esame. Inoltre A.NORDEMANN, *Wettbewerbsrecht – Markenrecht*, 11° ed., Baden-Baden, 2012, p. 340 s., capovolge il punto di partenza, trattando di brevetti, e definisce la *Verwarnung* anche come *Abmahnung*.

²⁹³ V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 20; B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 479 s.; O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, p. 545 s.; V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 376; H.BRÜNING, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *Gesetz*, cit., p. 2103 s.; J.FRITZSCHE, *Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage*, Wien, 2000, p. 297

La tesi minoritaria sostiene che si tratti di qualcosa di analogo ad un atto processuale, mentre la dottrina largamente maggioritaria lo considera un atto giuridico negoziale con regole proprie, altri ancora ritengono sia una mera dichiarazione di volontà, come la denuncia di un vizio o un'ingiunzione di pagamento, cui sarebbero applicabili le norme sull'atto giuridico²⁹⁴.

Per capirne la natura, bisogna tener conto della funzione che di volta in volta deve assolvere.

In tal senso, possiamo evidenziare quella che è la sua funzione principale ed indiscussa, ovvero quella di mezzo di risoluzione stragiudiziale delle controversie, *ex* § 12, primo comma, UWG.

Per quel che concerne questa funzione non si può certamente parlare di una dichiarazione di volontà, ma piuttosto si deve considerare un atto negoziale, finalizzato anche ad evitare l'addebito degli eventuali e successivi costi della lite.

s.; A.BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 1016, in cui l'autore precisa che non si tratta di un sistema di autoregolamentazione delle controversie. Per una spiegazione più completa si veda nella stessa opera anche p. 26 s.

²⁹⁴ Una panoramica completa delle posizioni dottrinali la si può trovare in O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 470. In particolare, le note 9–11 sono dedicate alle singole posizioni assunte via via dagli autori e dalla giurisprudenza.

In secondo luogo, quando la contestazione è motivata, questa intimazione fonda un rapporto obbligatorio particolare fra le parti, il c.d. *Abmahnverhältnis*²⁹⁵.

Infine, di regola, l'*Abmahnung* contiene un'offerta per la conclusione di un contratto di 'sottomissione', il c.d. *Unterwerfungsvertrag*²⁹⁶, solitamente già redatto e non negoziabile.

In quanto proposta negoziale²⁹⁷ volta alla sottoscrizione di un nuovo contratto, si tratta indubbiamente di una dichiarazione di volontà recettizia, così come, del resto, nel caso precedente in cui si origina comunque un rapporto obbligatorio fra le parti.

²⁹⁵ Con tale termine si indica il rapporto debitorio nascente fra il trasgressore e il soggetto leso, originato dalla violazione di una delle norme sulla concorrenza sleale. Così H.BRÜNING, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *Gesetz*, cit., p. 2118.

²⁹⁶ Tale contratto, che nulla ha a che vedere con l'atto di sottomissione presente nell'ordinamento italiano in materia di opere pubbliche, contiene un'offerta contrattuale, non trattabile, da parte del creditore-intimante al debitore-intimato. In particolare, questo contratto è inviato per essere integralmente accettato e rispedito firmato al mittente, senza che vi sia una possibilità di negoziazione. Generalmente infatti l'*Abmahnung* ha allegata questa dichiarazione di astensione preformulata, detta anche *Unterlassungserklärung*. Così H.BRÜNING, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *Gesetz*, cit., p. 2130.

²⁹⁷ Secondo un autorevole autore, W.GLOY, in Gloy/Loschelder, *Handbuch des Wettbewerbsrecht*, 3° ed., München, 2005, p. 1630 s., si tratterebbe, piuttosto che di una proposta contrattuale, di un'ingiunzione al rilascio di una dichiarazione di astensione contenente una penale.

Alla luce di questi elementi si può condividere l'impostazione della dottrina prevalente che attribuisce a questo istituto una doppia natura²⁹⁸: da un lato essa infatti rappresenta una dichiarazione recettizia²⁹⁹ e, nella maggioranza dei casi, concretizza un'offerta del creditore al debitore per la conclusione di un contratto di astensione³⁰⁰ o, comunque, la richiesta al debitore di effettuare un'offerta di qualche tipo, cioè una dichiarazione di volontà di natura negoziale ex § 145 BGB³⁰¹, anche se, come ricordato, secondo la tesi minoritaria, rappresenterebbe un semplice avvertimento e un'esortazione alla stragiudiziale risoluzione della controversia, non recettizia³⁰². Tale impostazione è finalizzata a sollevare

²⁹⁸ O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 470 s.; V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 20; J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit., p. 1302; H.BRÜNING, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *Gesetz*, cit., p. 2104; V.SCHMITZ-FOHRMANN/F.SCHWAB, in Götting/Nordemann, *UWG – Handkommentar*, Baden-Baden, 2010, p. 1157.

²⁹⁹ O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 470; J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit., p. 1302; V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 20; V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 376; B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 478.

³⁰⁰ J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit., p. 1306.

³⁰¹ L.LEHMLER, *UWG – Kommentar*, cit., p. 463 s.

³⁰² Per un autorevole punto di vista si veda W.GLOY, in Gloy/Loschelder, *Handbuch*, cit., p. 1630 s. A tal riguardo si veda anche O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 471 s., che pur aderendo alla tesi maggioritaria, fornisce una puntuale panoramica sia giurisprudenziale che dottrinale sul punto.

l'intimante dall'onere della prova dell'avvenuta notificazione della diffida stessa³⁰³.

In effetti, considerata la sua funzione principale di mezzo di risoluzione stragiudiziale di una controversia, nell'ottica del creditore che agisce per essere sollevato dagli eventuali costi di un giudizio, quel che conta è l'aver adempiuto a quanto previsto dal § 93 ZPO, ovvero aver posto in essere tutte le misure possibili per evitare l'instaurazione di un giudizio, concretamente non con una dichiarazione di volontà, ma solo con un avvertimento.

La questione non è di poco conto in quanto, ai fini della regolarità dell'*Abmahnung*, così come per l'addebito degli eventuali costi di giudizio, è fondamentale determinarne la natura.

Infatti, se considerata come atto negoziale, è necessaria, al momento dell'invio che abitualmente avviene per tramite di un avvocato, l'allegazione di una procura, in tedesco *Vollmacht*, mentre se si considera come una dichiarazione di volontà recettizia, ai fini della sua efficacia sarà determinante la prova o meno del ricevimento della comunicazione e non già il mero invio.

³⁰³ In tal senso si esprime V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 376.

IV.1.3 - Scopo

Lo scopo dell'*Abmahnung*, così come la sua natura, è duplice³⁰⁴: da un lato informa e avvisa il soggetto che potrebbe, in buona fede, aver posto in essere una pratica commerciale scorretta, senza dover ricorrere necessariamente ad un giudizio, ottenendo quindi l'effetto principale, in caso di immediato riconoscimento da parte del colpevole, di un'interruzione della pratica stessa in tempi brevissimi³⁰⁵;

³⁰⁴ Sul punto la dottrina è quasi unanime. Fra gli altri si sofferma su tale aspetto, con particolare attenzione, O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 476, che precisa come gli scopi siano due e alternativi fra loro. Invece, secondo H.BRÜNING, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *Gesetz*, cit., p. 2104, la funzione sarebbe triplice: la prima, nonché principale, è quella di mezzo di risoluzione stragiudiziale delle controversie, ex § 12, primo comma, UWG, e ve ne sarebbero due secondarie. Da un lato la creazione di un rapporto obbligatorio particolare, il c.d. *Abmahnverhältnis*, sorto fra l'intimato e colui che diffida in virtù della violazione degli obblighi di correttezza nei rapporti commerciali, dall'altro un ulteriore rapporto derivante dall'offerta contrattuale, accompagnata di regola all'*Abmahnung*, di sottoscrivere, entro un determinato termine, un impegno a non reiterare la condotta contestata.

³⁰⁵ Questo e altri vantaggi conseguenti all'*Abmahnung* vengono sottolineati in particolar modo, ex plurimis, da A.BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 1017 s., che evidenzia come, fra i vantaggi a favore dell'intimato in buona fede, vi sia la possibilità di poter cambiare repentinamente i propri comportamenti commerciali, evitando così i rischi di un processo, e la conseguenza più immediata

dall'altro, in caso questo soggetto non cessi la pratica o non ammetta di compiere atti lesivi della concorrenza, evita che questi, convenuto in giudizio, possa riconoscere immediatamente in quella sede la propria responsabilità, salvandosi così dai costi dello stesso in virtù di quanto disposto dal § 93 ZPO, oppure ancora che possa richiamarsi alla propria buona fede per evitare una condanna severa³⁰⁶.

Lo scopo principale è dunque quello di evitare l'instaurazione di un giudizio, informando il trasgressore sia circa la pratica ritenuta scorretta, sia su ciò che da lui ci si aspetta per risolvere stragiudizialmente la controversia, ovvero quali condotte debba porre in essere per eliminare la pratica o per sanare la situazione già venutasi a creare³⁰⁷. Questo istituto trova di fatto una larga applicazione grazie al sistema di attribuzione dei costi del procedimento e ai vantaggi che ne derivano in caso di riconoscimento immediato del convenuto.

Nella prassi poi, al fine di scoraggiare una eventuale e possibile reiterazione della condotta scorretta, l'*Abmahnung* viene accompagnata dalla richiamata *Unterlassungserklärung*, ovvero una dichiarazione di astensione o cessazione della pratica commerciale scorretta, di natura contrattuale³⁰⁸, con la

sia la pronta ed effettiva interruzione della pratica commerciale scorretta.

³⁰⁶ *Ex plurimis*, J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit., p. 1301.

³⁰⁷ O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 478 s.

³⁰⁸ Sulla natura negoziale dell'*Unterlassungserklärung*, la dottrina appare unanime. Sul rapporto strumentale che intercorre fra *Abmahnung* e *Unterlassungserklärung* si può approfondire in B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 482 s.; A.BEATER, *Unlauterer*

previsione di una penale in caso di ripetizione della pratica stessa, da cui trae origine l'espressione *strafbewehrte Unterlassungserklärung*³⁰⁹.

Normalmente tale penale è assai elevata, proprio per la funzione inibitoria che la caratterizza e l'eventuale successiva violazione degli accordi sottoscritti si configura non solo come pratica sleale *ab origine*, ma anche come un inadempimento di tipo contrattuale.

Altro elemento rilevante è che l'importo previsto a titolo di penale entra, in caso di violazione, nel patrimonio delle controparti contrattuali, associazioni di consumatori, concorrenti, e enti legittimati in genere, senza che sia precluso un ulteriore giudizio sulle pratiche concorrenziali sleali, né un eventuale risarcimento del danno, qualora dovuto.

Questo aspetto ha una notevole portata e funge da stimolo per le associazioni di consumatori, incentivandole a partecipare attivamente al controllo della correttezza delle informazioni fornite dai professionisti, esaltando così il ruolo

Wettbewerb, cit., p. 1022, parla esplicitamente di contratto, richiamandosi al § 241, primo comma, secondo periodo, BGB e al § 313, primo comma, BGB.

³⁰⁹ Tale somma non è soggetta a limiti prefissati e, proprio per la sua natura deterrente, quando il rischio di ripetizione della pratica è elevato, può consistere in somme molto elevate o anche indeterminate. In certi casi si parla di *Vertragsstrafe ohne Obergrenze*, ossia penali contrattuali senza un tetto massimo. In tali casi è demandato al giudice, che deve pronunciarsi sulla lite, stabilire il valore della lite e il *quantum*. Per un approfondimento a riguardo si segnala L. LEHMLER, *UWG – Kommentar*, cit., p. 476 s.

di contrappeso e bilanciamento del mercato che i consumatori dovrebbero avere. Più in generale quindi, questo istituto determina un maggiore coinvolgimento dei consumatori e delle rappresentanze professionali nel corretto funzionamento del mercato.

IV.1.4 - Soggetti legittimati

I soggetti legittimati, titolari di una *Unterlassungsanspuch*³¹⁰, per far valere le proprie pretese, *ex* § 8, terzo comma, numeri da 1-4, UWG prima di proporre un'azione giudiziale, dovrebbero³¹¹ dare la possibilità al reo di comporre la lite attraverso un avviso, l'*Abmahnung* appunto, cui nella prassi viene allegata una proposta di contratto, contenente una clausola penale a carico di colui che avrebbe posto in essere la violazione contestata.

³¹⁰ Sul significato esatto di tale istituto si tornerà in seguito. Qui, preliminarmente, per dare una prima idea della sua funzione, si può paragonare al diritto alla cessazione degli atti di concorrenza sleale nel diritto italiano.

³¹¹ Sul significato del verbo «*sollen*» si veda *supra*, nt. 289, p. 171.
Sul punto si vedano le pronunce dell'OLG di Jena, *Beschluss* 11 settembre 2006 – 2 W 371/06, in GRUR-RR 2007, p. 96, e dell'OLG di München, *Beschluss* 27 gennaio 2005 – 29 W 1400/04, in GRUR-RR, 2005, p. 205 s.; in dottrina ulteriori considerazioni si possono leggere in J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit., p. 1301.

Questi soggetti, tassativamente elencati, sono: tutti i concorrenti, le associazioni e gli ordini professionali³¹², gli ‘enti qualificati’ ovvero le associazioni di consumatori³¹³ e le Camere dell’Industria, del Commercio e dell’Artigianato³¹⁴.

Come poc’anzi precisato, l’*Abmahnung* non costituisce un passaggio preliminare necessario all’esperimento di un’azione giudiziaria, ovvero un obbligo giuridico tassativo, quanto piuttosto un onere a carico del legittimato che abbia subito o stia per subire un pregiudizio, vantaggiosa dal punto di vista dei costi³¹⁵.

Rinunciare all’*Abmahnung* non significa rinunciare alla tutela giuridica dei propri diritti³¹⁶, ma solo la possibilità di incorrere in alcuni svantaggi di tipo economico e, per questo motivo, viene solitamente preferita alla via giudiziale, almeno inizialmente, in quanto quest’ultima spesso risulta troppo lenta oppure onerosa.

³¹² Che devono avere determinati requisiti, qui sinteticamente accennati, fra i quali ad esempio la rappresentatività in base al numero degli associati, una contiguità con gli scopi professionali o commerciali dell’intimato, devono agire nello stesso mercato di quest’ultimo e per difendere gli interessi professionali personali dei singoli associati.

³¹³ La norma parla di *Qualifizierte Einrichtungen*, ovvero ‘enti qualificati’, iscritti in appositi registri nazionali oppure nel registro della Commissione europea previsto dall’art. 4 della Direttiva 98/27/CE riguardante le associazioni di consumatori.

³¹⁴ Nella norma in tedesco si legge «den Industrie- und Handelskammern und den Handwerkskammern».

³¹⁵ *Ex plurimis*, d’accordo su questa interpretazione, anche V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 20.

³¹⁶ Sul punto la dottrina e la giurisprudenza sono unanimi.

IV.1.5 - Effetti

Dato che configura un obbligo solo dal punto di vista dei costi di un eventuale processo³¹⁷ e dato che l'*Abmahnung*, nella sua veste di avviso, rappresenta una dichiarazione di volontà non recettizia³¹⁸, gli effetti giuridici immediati saranno da ritenersi prodotti anche nel caso in cui tale *Abmahnung* non sia stata ricevuta dall'altra parte³¹⁹, poiché, *ex* § 93 ZPO, ciò che è decisivo è se il soggetto leso abbia tentato, dal suo punto di vista, di espletare ogni adempimento necessario alla risoluzione stragiudiziale della lite³²⁰.

Come già accennato, l'*Abmahnung* è concepita come un vantaggio per entrambe le parti, e in tal senso si è espresso

³¹⁷ H.BRÜNING, in Harte–Bavendamm/Henning–Bodewig, *Gesetz*, cit., p. 2104 s., parla di un obbligo appunto solo tenuto conto del § 93 ZPO.

³¹⁸ Si veda *supra* nt. 302, p. 176.

³¹⁹ V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 38 s., evidenzia come molti OLG siano dell'opinione che non debba essere provata la ricezione della comunicazione, ma sia sufficiente la prova dell'invio. Di contro, alcuni tribunali e la maggior parte della dottrina ritengono necessaria la prova della notificazione per eliminare possibili dubbi circa l'addebito delle spese *ex* § 93 ZPO. Dello stesso avviso anche D.KEHL, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 313.

³²⁰ Nel codice di procedura civile tedesco infatti si legge «Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozesskosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt». In tal senso W.GLOY, in Gloy/Loschelder, *Handbuch*, cit., p. 1630 s., che offre un'approfondita analisi dell'istituto. Tale tesi, in realtà, è minoritaria nella dottrina, come già evidenziato *supra*.

anche il *Bundesgerichtshof*³²¹: da un lato, chi è pregiudicato da una pratica commerciale scorretta può contrastarla con efficacia e rapidità o, perlomeno, riceve un chiarimento circa la realtà dei fatti e può decidere come procedere³²². Inoltre, come ricordato, non incorre nel rischio di un immediato riconoscimento del torto da parte del convenuto in sede processuale, con conseguente rischio di una sentenza che gli addebiti tutti i costi del processo stesso *ex* § 93 ZPO.

³²¹ Per completezza occorre evidenziare che in Germania la possibilità di un ricorso alla Corte di legittimità è estremamente rara e le pronunce pertanto non sono frequenti come in Italia. Nel merito si veda: BGH *Urteil*, 19 ottobre 1989 – I ZR 63/88 (OLG HAMM), in GRUR 1990, p. 381 s. – circa l’obbligo di risposta dell’intimato; Nell’ottica di un vantaggio per entrambe le parti la dottrina è unanime, in particolare si veda H.BRÜNING, in Harte–Bavendamm/Henning–Bodewig, *Gesetz*, cit., p. 2103 s., che include espressamente anche il vantaggio che deriva, oltre che alle parti, al tribunale, ragionando in termini di costi per la giustizia. Nello stesso senso anche V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 17 s., che aggiunge inoltre il vantaggio di conoscere, in caso di successiva lite giudiziaria, anche il pregresso comportamento tenuto dalle parti.

³²² La diffida infatti non preclude nessuna azione, restando nella sfera di chi muove la contestazione decidere poi se adire le vie giudiziali o stipulare un vero e proprio accordo di astensione con il diffidato, piuttosto che riconoscere il proprio errore accettando la spiegazione di controparte. O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 470; B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 477; D.KEHL, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 313. Inoltre, circa l’obbligo di risposta all’*Abmahnung* A.OTTOFÜLLING, in *Münchener Kommentar, Lauterkeitsrecht*, II, München, 2006, p. 1386 s.

Dall'altro lato, il trasgressore, che frequentemente ha agito senza consapevolezza o semplicemente in maniera poco attenta, ha il vantaggio di venire a conoscenza dell'errore e ha la possibilità di rimediare rapidamente, e in maniera molto più economica, alla violazione posta in essere³²³.

Ne deriva che con il termine *Abmahnung* l'ordinamento tedesco configura qualcosa di simile, nell'ordinamento italiano, ad una messa in mora del creditore. Si intende infatti, *ex* § 8 UWG, terzo comma, la messa a conoscenza del trasgressore, da parte del danneggiato, del suo stato di inadempiente in virtù di una condotta o un comportamento commerciale, descritto con precisione³²⁴, che rappresenta in questo caso specifico una violazione della normativa sulla concorrenza sleale, quasi sempre contenente una contestuale richiesta di cessazione della pratica commerciale stessa, cioè di immediato adempimento³²⁵, e di rilascio, entro un termine preciso³²⁶, di una dichiarazione di astensione futura, avente

³²³ In tal senso, A.BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 1017.

³²⁴ La dottrina sul punto è unanime. Per un'accurata descrizione dei contenuti si richiama V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 24.

³²⁵ Qui inteso come adempimento degli obblighi di correttezza previsti *ex lege*.

³²⁶ L'apposizione di un termine preciso è un elemento caratterizzante l'istituto dell'*Abmahnung*. In tal senso bisogna distinguere il termine per rispondere, la cui brevità dipende da diversi fattori e garantisce l'effettività del rimedio stesso, dal termine fissato per l'interruzione della pratica, che di norma è a effetti immediati, ma che a volte può anche non essere previsto. È quest'ultimo il caso, ad esempio, di una diffida che abbia come scopo di inibire la realizzazione di una pratica

natura obbligatoria e contenente una clausola penale, a favore del danneggiato, in caso di violazione dell'accordo interruttivo raggiunto³²⁷.

Se l'intimato accoglie le richieste, la controversia è risolta stragiudizialmente, tanto più che il danneggiato, ora in possesso di un contratto di astensione futura, è tutelato in modo effettivo in caso di ripetizione della pratica censurata, giacché in tal caso avrebbe diritto, anche solo a causa della violazione degli accordi, al pagamento della penale, solitamente elevata, proprio per la funzione di deterrente che deve assolvere; e questo a prescindere dal fatto che la pratica inizialmente contestata, e poi ripetuta, sia effettivamente lesiva della concorrenza.

Se invece l'intimato non accetta la proposta entro il termine previsto dal danneggiato, quest'ultimo può allora decidere, senza il timore della condanna alle spese processuali in caso di immediato riconoscimento delle responsabilità da parte dell'altro, di richiedere al giudice un provvedimento cautelare oppure di citare direttamente in giudizio il presunto colpevole³²⁸.

scorretta non ancora verificatasi, ma imminente o comunque di prossima attuazione. Per un'analisi approfondita circa l'apposizione del termine con cui riscontrare la contestazione, oppure la mancata apposizione del termine stesso, si veda, *ex plurimis*, H.BRÜNING, in Harte–Bavendamm/Henning–Bodewig, *Gesetz*, cit., p. 2113 s.

³²⁷ In tal senso, si vedano anche le motivazioni negli atti ufficiali del Parlamento tedesco, *Bundestag* 15/1487 del 2003, p. 25.

³²⁸ H.BRÜNING, in Harte–Bavendamm/Henning–Bodewig, *Gesetz*, cit., p. 2115 s.

Da tutto quanto sopra esposto si evince come sia in generale consigliabile, prima di proporre un'azione giudiziaria, procedere diffidando a mezzo di un'*Abmahnung*³²⁹.

Oltre ad influire sui costi, l'*Abmahnung*, a seconda dei casi, ha anche conseguenze giuridiche materiali, ad esempio se l'intimato non adempie entro il termine indicato nella comunicazione³³⁰.

La più importante è che, in caso di un'ulteriore ripetizione della pratica contestata, l'attore sarà sollevato comunque dai costi del processo, avrà diritto alla somma stabilita a titolo di penale ove avesse in precedenza accettato la proposta di contratto di astensione, e si avrà inoltre un'eventuale risarcimento del danno, in quanto il colpevole non potrà più richiamare né il principio di buona fede, né affermare di essere in presenza di un errore giustificabile.

Attraverso l'*Abmahnung*, secondo l'opinione del BGH³³¹, oltre al complessivo rapporto commerciale fra le parti già

³²⁹ OLG München, *Beschluss* 18 maggio 1987 – 29 W 1085/87 in NJW-RR 1988, p. 680, fra le righe della sentenza, *obiter dictum*, viene ribadito che proporre un'*Abmahnung* prima di procedere con un'azione giudiziale è sempre consigliabile; in dottrina si veda D.KEHL, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 314.

³³⁰ H.BRÜNING, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *Gesetz*, cit., p. 2104.

³³¹ BGH, *Urteil* 7 dicembre 1989 – I ZR 62/88 (OLG Hamm), in NJW 1990, p. 1906. In dottrina si veda V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 374, con nota.

concretizzatosi, sorge un nuovo rapporto debitorio da cui possono discendere obblighi ulteriori a carico dell'intimato³³².

Innanzitutto l'obbligo di reagire, entro un congruo termine, all'*Abmahnung* che sia fondata³³³, così come quello di informare l'altra parte riguardo eventuali dichiarazioni di astensione in precedenza rilasciate a terzi per la stessa pratica sleale³³⁴, che garantiscono già circa il non ripetersi della violazione medesima e che renderebbero infruttuosa un'eventuale successiva citazione a giudizio da parte dell'intimante³³⁵. A tal proposito si segnala che il mancato rispetto di quest'ultimo obbligo si potrebbe ritorcere contro l'intimato, in quanto egli potrebbe subire una condanna al risarcimento dei danni cagionati a chi ha sostenuto un'inutile spesa per il giudizio solo perché non correttamente informato dell'esistenza di un precedente accordo stragiudiziale, avente ad oggetto la medesima questione.

³³² *Ex plurimis*, H.KÖHLER, in Köhler/Piper, *UWG*, 1995, p. 309 s.; O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 571 s.; J.FRITZSCHE, *Unterlassungsanspruch*, cit., p. 270 s.

³³³ BGH *Urteil*, 19 ottobre 1989 – I ZR 63/88 (OLG Hamm), in GRUR 1990, p. 381 s. – Antwortpflicht des Abgemahnten, ovvero l'obbligo di risposta degli intimati; In dottrina si veda K.SPÄTGENS, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 79 s.

³³⁴ A.BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 1019.

³³⁵ H.BRÜNING, in Harte–Bavendamm/Henning–Bodewig, *Gesetz*, cit., p. 2119 s.

Una tale prassi non appare impensabile per le *Abmahnungen* fondate, mentre è da escludersi sicuramente per quelle infondate o addirittura illegittime³³⁶.

In molti casi una *Abmahnung* infruttuosa comporta principalmente il pericolo di una ripetizione della pratica scorretta e maggiori difficoltà per una successiva azione inibitoria, poiché spesso, soprattutto in presenza di violazioni isolate o occasionali, il pericolo effettivo di una reiterazione della pratica può essere solo presunto quando il trasgressore abbia declinato la richiesta di astensione e non si sia vincolato per il futuro a non ripetere tali comportamenti commerciali.

IV.1.6 - Proposizione dell'istituto e casi eccezionali

L'*Abmahnung* non è un requisito preliminare necessario né all'esperimento di un'azione inibitoria, né all'esercizio del diritto alla cessazione degli atti lesivi e pregiudizievoli dei propri interessi³³⁷.

Se l'attore decide di ricorrere direttamente ad un giudizio, senza tentare la via stragiudiziale offerta dall'*Abmahnung*, rischia di incorrere nell'addebito dei costi, ex § 93 ZPO, qualora il convenuto riconoscesse immediatamente

³³⁶ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 374.

³³⁷ Nel diritto tedesco rispettivamente chiamate *Unterlassungsklage*, l'azione inibitoria, e *Unterlassungsanspruch*, che in ambito concorrenziale consiste nel diritto alla cessazione degli atti di concorrenza sleale.

le proprie responsabilità, fermo restando che può comunque proporre sia una citazione a giudizio che una qualunque altra istanza, a prescindere dall'invio o meno di un'*Abmahnung*.

Per evitare l'addebito di tali costi, nell'ambito del diritto della concorrenza, l'*Abmahnung* è normalmente da ritenersi efficace, anche se rispetto a questo principio la giurisprudenza enuclea alcune eccezioni.

L'esperimento di tale rimedio risulta superfluo, ad esempio, quando vi sia un incombente pericolo che il trasgressore, in caso di proposizione dell'*Abmahnung*, riesca a limitare gli effetti dell'azione inibitoria³³⁸.

In alcuni casi è indiscusso infatti che l'inoltro di una diffida sarebbe superfluo o infruttuoso, se non addirittura controproducente, poiché darebbe la possibilità al trasgressore in mala fede di correre ai ripari, distruggendo per esempio le prove della sua condotta.

Un altro caso si configura quando la comunicazione di voler ricorrere all'autorità giudiziaria potrebbe rallentare l'azione di contrasto, sebbene vi sia la possibilità di inviare la

³³⁸ OLG Stuttgart, *Urteil* 24 marzo 2000 – 2 U 202/99 in NJW-RR 2001, p. 257 s., in tema di dolo di un produttore in Brasile che utilizzava il marchio *Porsche* per imitazioni di auto sportive modello „Spider 550“, anche pubblicizzandole su giornali, riproducendo servilmente sia lo scudo, tipico della casa automobilistica tedesca, che i colori argento e rosso del modello. In casi come questo la Corte, confermando l'orientamento costante, non ha ritenuto necessaria e determinante ai fini dell'addebito dei costi del processo la mancata proposizione di un'*Abmahnung*.

comunicazione per telefax o per email e, come detto, sia ammissibile perfino per via telefonica.

Inoltre, si appalesa non determinante quando la condotta del trasgressore non lo rende necessario, come nel caso di evidente dolo da parte del trasgressore stesso³³⁹.

Si pensi ad un trasgressore ‘recidivo’, che già in passato abbia sottoscritto impegni per la cessazione di una pratica sleale fondamentalmente identica e ciò nonostante non abbia adempiuto ai propri impegni, continuando le violazioni³⁴⁰, oppure abbia espressamente fatto sapere, direttamente o tramite terzi, che non intende in alcun modo accettare proposte, né impegnarsi a fare alcunché, in sintesi che non è disponibile ad interrompere la pratica contestata³⁴¹.

³³⁹ OLG Hamburg, *Beschluss* 7 settembre 1995 – 3 W 75/95, in GRUR 1995, p. 836; OLG München, *Beschluss* 18 aprile 1996 – 29 W 616/96 in WRP 1996, p. 930 s.; OLG Celle, *Beschluss* 26 aprile 1993 – 13 W 33/93 in WRP 1993, p. 812 s.; OLG Stuttgart, *Urteil* 24 marzo 2000 – 2 U 202/99 in NJW-RR 2001, p. 257 s.; O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 483 s.

³⁴⁰ OLG Hamburg, *Beschluss* 9 giugno 1989 – 3 W 65/89, in GRUR 1989, p. 707 s.; KG WRP 2003, p. 101, in tema di prodotti farmaceutici, in cui il trasgressore aveva modificato l’involucro esterno, senza cambiare i blister interni, tanto che il soggetto leso aveva a ragione temuto un intensificarsi dell’attività illecita e pertanto la proposizione di un’ulteriore *Abmahnung* non era, a giudizio della Corte, da ritenersi necessaria. Sul punto, in dottrina, V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 51; B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 478.

³⁴¹ H.BRÜNING, in Harte–Bavendamm/Henning–Bodewig, *Gesetz*, cit., p. 2107 s.; V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 59.

In tutti questi casi appare chiaro che l'invio di una diffida sarebbe palesemente infruttuoso³⁴² e che, quindi, non è necessaria un'*Abmahnung* quando si ha la certezza che il trasgressore non vi darà seguito, restando perciò solo una formalità evidentemente inutile³⁴³.

Un'*Abmahnung* è inutile quando la proposizione di un'altra precedente abbia reso, per l'attore o per l'istante, le condizioni di cui al § 242 BGB inesigibili. Ciò significa che se appare irragionevole la possibilità di ottenere una tutela effettiva con tali mezzi stragiudiziali, è ammissibile proporre subito un'istanza per ottenere direttamente un provvedimento cautelare dal giudice.

Questo solitamente accade anche per quelle tipologie di violazioni strettamente connesse al fattore tempo, come i saldi di fine stagione, oppure nei casi in cui la proposizione di un'*Abmahnung* darebbe possibilità al trasgressore di sanare la propria posizione, o comunque di alterare la realtà, creando il

³⁴² Per un'analisi completa si veda V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 55 s., in particolare p. 57 s., in cui l'autore tratta della percezione dell'inutilità dell'*Abmahnung* da parte del soggetto leso e della volontà del trasgressore di continuare – per lo meno per un certo lasso di tempo – la pratica sleale; J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit. p. 1314 s.; A.BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 1017; E.SCHWIPPERT, in Gloy/Loschelder/Erdmann, *Handbuch*, cit., p. 2250 s.

³⁴³ OLG Hamm, *Beschluss* 18 gennaio 1977 – 4 W 139/76 in WRP 1977, p. 349 s.; OLG München, *Beschluss* 3 novembre 1970 – 6 W 1476/70 in WRP 1971, 77 s.; OLG Stuttgart, *Beschluss* 9 maggio 1986 – 2 W 26/86 in NJW-RR 1987, p. 426; V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 375.

pericolo che i prodotti contestati vengano occultati oppure distrutti³⁴⁴.

In sintesi, non vi è l'obbligo di proporre un'*Abmahnung* quando l'uso di tale strumento sia palesemente superfluo, giacché porterebbe solo ad un'inutile perdita di tempo o addirittura a pregiudicare gli interessi dei danneggiati, visto che il trasgressore avrebbe in più il vantaggio di sapere in anticipo della prossima proposizione di un'azione nei suoi confronti.

IV.1.7 - Contenuto

Il contenuto necessario di un'*Abmahnung* si evince dal § 12, primo comma, UWG³⁴⁵, così come dal suo scopo³⁴⁶.

³⁴⁴ OLG Hamburg, *Beschluss* 22 maggio 1969 – 3 W 47/69, in GRUR 1969, p. 483 s.; OLG Düsseldorf, *Beschluss* 6 ottobre 1969 – 2 W 72/69 in NJW 1970, p. 335; *Beschluss* 28 ottobre 1996 – 2 W 55/96 in NJW-RR 1997, p. 1064 s.; OLG Hamburg, *Beschluss* 27 gennaio 1972 – 3 W 8/72 in WRP 1972, p. 262. Così V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 375.

³⁴⁵ Il § 12, primo comma, UWG si limita a prescrivere che i legittimati a proporre un'azione per la cessazione degli atti di concorrenza sleale dovrebbero avvisare il trasgressore, prima della proposizione di un'azione giudiziaria, rilasciando una dichiarazione di astensione gravata da un'adeguata clausola penale. Da tale disposizione, in effetti, emergono gli elementi necessari all'esperimento di tale rimedio stragiudiziale, cioè l'essere legittimati attivamente, in quanto direttamente danneggiati, nonché il contenuto minimo

In particolare è bene osservare come, secondo un'autorevole opinione, non vi sia una regola precisa, né sulla forma, né sul contenuto minimo della comunicazione, ma questi vadano determinati in base allo scopo che si vuole perseguire³⁴⁷.

All'interno dell'*Abmahnung* deve esserci, accanto alla indicazione delle parti³⁴⁸, l'indicazione precisa della pratica contestata, ovvero della violazione, descritta in modo chiaro ed esaustivo, in modo che l'altra parte possa comprendere immediatamente di cosa si tratta, senza che siano necessari

dell'*Abmahnung* ovvero un chiaro avviso di diffida concernete la pratica contestata, e la formulazione di un'offerta (facoltativa) con la previsione di una penale che agisca sul trasgressore come deterrente per il futuro.

³⁴⁶ Si rinvia a quanto detto *supra*, in particolare al paragrafo del presente lavoro dedicato allo scopo dell'*Abmahnung*, ovvero il IV.1.3, p. 178.

³⁴⁷ Così O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 477. Dello stesso avviso anche V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 21 s., il quale elenca, come del resto molti altri autori, una serie di indicazioni che dovrebbero preferibilmente essere contenute in un'*Abmahnung* affinché questa abbia sicuramente efficacia e raggiunga lo scopo voluto.

³⁴⁸ H.BRÜNING, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *Gesetz*, cit., p. 2111, sottolinea che l'indicazione delle parti assume un'importanza notevole e non va trascurata, specialmente quando vi siano più imprese collegate e con nomi simili, la necessità che sia chiarito chi esattamente sta procedendo all'intimazione e chi esattamente viene diffidato. L'autore prosegue poi con un'interessante analisi circa la legittimazione passiva degli organi delle società, a cui si rimanda per un ulteriore approfondimento.

ulteriori chiarimenti, e che da ciò si evinca quale sia l'obbligo di astensione che si vuole ottenere³⁴⁹.

Per prima cosa, l'intimante deve fornire la prova della propria legittimazione ad agire e, in caso l'invio avvenga a mezzo di un avvocato, come spesso accade, deve essere allegata anche una procura che lo legittimi ad agire per conto altrui³⁵⁰.

In caso di concorrenza sleale, il § 8, terzo comma, n. 1, UWG prevede che si debba poi esporre in concreto, attraverso un fondamento giuridico, il rapporto con il concorrente, ovvero chiarire a che titolo si è legittimati ad intervenire. Tali indicazioni non sono necessarie qualora le parti si conoscano

³⁴⁹ OLG Bremen, *Beschluss* 30 marzo 1987 – 2 W 8/87 in NJW-RR 1988, p. 625. In dottrina, fra i molti, V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 24.

³⁵⁰ Sul punto dottrina e giurisprudenza appaiono fortemente divise: in particolare H.BRÜNING, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *Gesetz*, cit., p. 2110 s., distingue in base allo scopo dell'*Abmahnung*, precisando che ove si tratti semplicemente di una proposta contrattuale o della instaurazione di un *Abmahnverhältnis* non sarebbe necessario allegare una procura in originale, ex § 174 BGB, non trattandosi ancora di un negozio giuridico unilaterale, così come non sarebbe nemmeno necessario in caso di semplice avviso per una risoluzione stragiudiziale della controversia. In ogni caso, l'autore ritiene che sia vivamente consigliabile allegare una procura in originale oppure, ove l'*Abmahnung* avvenga per fax o via posta elettronica, inviarlo almeno successivamente per posta. Per un quadro complessivo sull'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale si veda anche J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit. p. 1305 s. Infine, sul valore della *Vollmacht* si veda *supra* p. 177.

fra loro, in quanto concorrenti o comunque in contatto da anni, e quindi appaiano superflui chiarimenti in merito.

Anche per le associazioni deve essere allegata la legittimazione ad agire ed, eventualmente, il numero dei loro membri³⁵¹. Queste devono inoltre provare di far parte di quelle organizzazioni legittimate, *ex* § 8, secondo comma, n. 2, e terzo comma, n. 3, UWG per la protezione di interessi commerciali o professionali propri. Le organizzazioni c.d. ‘qualificate’³⁵² devono invece provare di essere iscritte nelle pertinenti liste.

In secondo luogo deve essere descritta con chiarezza e precisione, come si diceva in precedenza, o la violazione lamentata o la pratica scorretta che ne è all’origine. Il mero invio di un giornale contenente una pubblicità ingannevole, ad esempio, non è sufficiente, ma la pratica sleale deve essere descritta e specificata, al fine di permettere un’immediata comprensione, da parte del presunto trasgressore, di quale sia esattamente la violazione che si sta contestando. D’altro canto, una valutazione giuridica esatta della questione non è invece necessaria³⁵³, pur essendo di norma funzionale poiché chiarisce ulteriormente ciò che si addebita alla controparte³⁵⁴.

A parte questo, l’*Abmahnung* deve contenere, *ex* § 12, primo comma, UWG l’intimazione a rilasciare, entro un dato

³⁵¹ B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 479.

³⁵² Nel testo tedesco si legge «*qualifizierte Einrichtungen*».

³⁵³ J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit. p. 1303, sottolinea come non sia nemmeno necessaria l’allegazione di sentenze o pronunce giudiziali.

³⁵⁴ H.BRÜNING, in Harte–Bavendamm/Henning–Bodewig, *Gesetz*, cit., p. 2112; B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 479.

termine, che deve essere comunque congruo, una dichiarazione di astensione incondizionata e contenente una penale in caso di inadempimento³⁵⁵.

Un'*Abmahnung* raggiunge il proprio scopo quando il creditore chiarisce al debitore che cosa lui si aspetta da quest'ultimo per raggiungere un accordo e per considerare la questione risolta stragiudizialmente. Per questo motivo l'intimazione deve essere estremamente concreta e circostanziata, e il suo contenuto ed entità devono rispecchiare l'estensione della supposta azione inibitoria.

Quindi, in terzo luogo, la comunicazione deve contenere anche la richiesta di rilascio di una dichiarazione di astensione, spesso preformulata, sebbene il proponente non sia a ciò obbligato, che rappresenti un'offerta concreta per la conclusione del contratto di astensione³⁵⁶.

La proposta può contenere una clausola penale qualora questa sia necessaria a garantire la non ripetizione della pratica e per assicurare il rispetto dell'accordo sottoscritto³⁵⁷.

³⁵⁵ Sulla lunghezza del termine, OLG München, *Beschluss*, 18 maggio 1987 – 29 W 1085/87 in NJW-RR 1988, p. 680, che riconosce la possibilità di fissare un termine anche brevissimo, in virtù della necessità e dell'urgenza di interrompere prontamente una pratica scorretta. Nel caso specifico venne ritenuta valida un'*Abmahnung* effettuata telefonicamente, con termine ultimo per l'accettazione della proposta fissato in soli 45 minuti; In dottrina J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit., p. 1304 s.; V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 376.

³⁵⁶ B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 479.

³⁵⁷ V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 25.

L'ingiunzione alla cessazione della pratica commerciale scorretta è il punto chiave di ogni *Abmahnung* e il suo contenuto, così come la sua estensione, deve essere preciso e rispecchiare il diritto alla cessazione degli atti di concorrenza sleale da cui trae fondamento³⁵⁸. In generale, avendo la funzione di impedire il ripetersi di una determinata condotta, è a tutto vantaggio dell'intimante giungere ad un accordo il più esteso possibile e che almeno ricalchi quello che potrebbe essere il contenuto alla base di un atto di citazione³⁵⁹.

In quarto luogo, una volta determinato il contenuto dell'accordo, che di per sé non implica un riconoscimento implicito della violazione da parte del diffidato³⁶⁰, resta da decidere l'importo della penale, che esprimerà in concreto il valore dato dalle parti alla violazione. A questo va aggiunto che anche il volume delle violazioni può essere rilevante.

Visto che tale clausola deve servire, da un lato, a garantire chi diffida nel caso vi fosse una ripetizione della pratica censurata e, dall'altro, a dissuadere il trasgressore dal reiterare il comportamento censurato³⁶¹, per esercitare una certa

³⁵⁸ V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 25.

³⁵⁹ W.GLOY, in Gloy/Loschelder, *Handbuch*, cit., p. 1625, che precisa inoltre come sia invece più conveniente per il trasgressore cercare di circoscrivere al massimo la portata dell'accordo, limitandolo alla sola violazione contestata in concreto.

³⁶⁰ V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 28, in cui si sottolinea la libertà di accettare un obbligo di astensione, al di là del riconoscimento di una pregressa violazione.

³⁶¹ V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 28.

pressione sul chi ha commesso l'illecito, l'importo dovrebbe essere assai elevato.

Oltre a questo, la penale ha anche la funzione di una sorta di risarcimento del danno forfettario³⁶² e non deve essere necessariamente rideterminata per ogni singola ripetizione della violazione.

Tale importo può essere fissato in una somma esatta³⁶³, ma è altresì permessa la previsione di una somma congrua³⁶⁴, il cui valore venga deciso dal creditore secondo un importo che può essere con³⁶⁵ o senza³⁶⁶ un tetto massimo.

In casi particolari, per quel che concerne la determinazione dell'importo della clausola penale, esiste

³⁶² BGH *Urteil*, 30 settembre 1993 – I ZR 54/91 (OLG HAMBURG), in GRUR 1994, p. 146 s. – «Vertragsstrafemessung», ovvero ‘la quantificazione della penale contrattuale’.

³⁶³ W.GLOY, in Gloy/Loschelder, *Handbuch*, cit., p. 1625 s.

³⁶⁴ Di somma congrua della penale nell'accordo di astensione parla anche esplicitamente il testo di legge, infatti al § 12, primo comma, UWG, già richiamato, si legge «Berechtigten sollen ... Gelegenheit geben, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen».

³⁶⁵ BGH GRUR 1985, p. 937 s. – «Vertragsstrafe bis zu....II», ovvero ‘la clausola penale fino a...II’. La sentenza, conformandosi alla decisione della stessa Corte dell'anno precedente, la «Vertragsstrafe bis zu....I», sottolinea come la mancata fissazione di un importo predefinito possa in certi casi consentire una maggiore pressione al diffidato. In particolare, si veda p. 938.

³⁶⁶ BGH GRUR 1990, p. 10051 – «Vertragsstrafe ohne Obergrenze», ovvero ‘clausola penale senza tetto massimo’.

un'ulteriore possibilità, il c.d. 'Hamburger Brauch'³⁶⁷, sviluppatosi nella prassi attraverso le decisioni dei tribunali di prima istanza, i *Landesgericht*, e degli OLG. Per alcuni tipi di violazioni successivi alla fissazione dell'importo della penale è ammissibile che il creditore determini un ulteriore importo per ogni singola violazione, che verrà poi eventualmente ratificato dal giudice, trovando applicazione il disposto di cui al § 315, terzo comma, secondo periodo, BGB. Qualora le parti non dovessero riuscire ad accordarsi, la somma sarà determinata in base alla gravità e al numero di violazioni³⁶⁸.

Da ultimo, per quel che concerne il contenuto di un'*Abmahnung*, è fondamentale l'individuazione di un termine per l'accettazione del contratto di astensione, sebbene, qualora manchi, si possa sempre individuare successivamente³⁶⁹.

Questo termine può essere fissato in ore, giorni oppure settimane e dipende dalle circostanze e dal tipo di violazione³⁷⁰.

³⁶⁷ Inizialmente avversato dal BGH, che poi lo ha ritenuto ammissibile, si veda: BGH GRUR 1978, p. 192 s. – «Hamburger Brauch», ovvero 'la consuetudine di Amburgo'.

³⁶⁸ Sul punto V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 30 s.; W.GLOY, in Gloy/Loschelder, *Handbuch*, cit., p. 1626 s., che fa l'esempio di un soggetto che si sia obbligato, ritirando il prodotto dal mercato, ma successivamente, a richiesta, fornisca il prodotto a singoli clienti.

³⁶⁹ Circa l'importanza del termine, si veda *supra* nt. 355, p. 197.

³⁷⁰ W.GLOY, in Gloy/Loschelder, *Handbuch*, cit., p. 1627 s.; Secondo H.BRÜNING, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *Gesetz*, cit., p. 2115, sarebbe meglio indicare un orario o una data esatta, ed evitare un termine fissato in giorni o ore, in quanto questo poi dipenderebbe

Infine è altrettanto necessario che il trasgressore venga informato che, in caso di suo rifiuto a rilasciare una dichiarazione di astensione, verrà richiesta una misura cautelare, oppure presentata una domanda giudiziale di altro tipo, anche se questo, viste le circostanze, dovrebbe risultare comunque abbastanza chiaro³⁷¹.

All'interno del testo dell'*Abmahnung* possono essere inserite anche ulteriori richieste, come l'obbligo al risarcimento del danno, oppure informazioni sui rapporti con le

dal ricevimento dell'*Abmahnung* stessa, con tutti i problemi sopra già ricordati. Dello stesso avviso anche V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 33 s.; O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 481 s., parla addirittura dell'opportunità di fissare il minuto esatto per la scadenza del termine.

³⁷¹ BGH NJW 2006, p. 3781 s., n. 12; GRUR 2007, p. 164; KG NJW 2005, p. 2239; W.GLOY, in Gloy/Loschelder, *Handbuch*, cit., p. 1629, che parla apertamente dell'opportunità di prospettare la 'minaccia' al trasgressore di ricorrere in giudizio in caso di mancato o intempestivo rilascio della dichiarazione di astensione, ribadendo che sia comunque opportuno esplicitarla; così anche G.SPECKMANN, *Wettbewerbsrecht*, 3° ed., Köln, 2000, p. 803 s. Dello stesso avviso anche V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 35 s., che aggiunge che se necessario, qualora tale minaccia non sia già stata inserita nell'*Abmahnung*, si può comunque far pervenire successivamente. In generale, per un esempio concreto di *Abmahnung*, si veda A.NORDEMAN, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 787 s.

pratiche scorrette, oppure il conto delle spese sostenute³⁷² e la richiesta di esserne sollevato³⁷³.

Ex § 12, primo comma, primo periodo, UWG, come già ricordato, l'*Abmahnung* non richiede una forma *ab substantiam*, anche se, per ragioni principalmente legate alla prova, questa normalmente avviene in forma scritta³⁷⁴. Una *Abmahnung* telefonica, ad esempio, avviene solamente in casi di estrema urgenza³⁷⁵. Al giorno d'oggi l'invio solitamente avviene per via elettronica, quindi a mezzo telefax oppure a mezzo email. Si applica anche in questi casi il disposto del § 174 BGB concernente la procura.

Ancora discusso è se per l'efficacia dell'*Abmahnung* valga la spedizione da parte del richiedente o se sia determinante l'ingresso nella sfera giuridica dell'intimato, in altre parole, il ricevimento della comunicazione stessa. Una parte della letteratura considera, *ex* § 130 BGB, la spedizione

³⁷² Di solito si parla di *Anwaltskosten*, ovvero le spese legali o, più precisamente, il costo dell'avvocato, e di costi per l'invio vero e proprio della comunicazione.

³⁷³ *Ex plurimis*, O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 481 s.; V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 36 s.; B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 479.

³⁷⁴ OLG Hamburg, *Beschluss* 28 marzo 1974 – 3 W 37/74, in GRUR 1975, p. 39 s.; OLG Hamburg, *Beschluss* 9 maggio 1974 – 3 W 49 + 60/74, in GRUR 1975, p. 41; V. EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 376 s.

³⁷⁵ OLG München, *Beschluss*, 18 maggio 1987 – 29 W 1085/87 in NJW-RR 1988, p. 680.

come condizione per l'efficacia³⁷⁶. Per contro, un'importante parte della dottrina ritiene necessaria la ricezione da parte dell'intimato e, quindi, la prova dell'avvenuto invio da parte del creditore non sarebbe sufficiente³⁷⁷.

In conclusione è intervenuto il BGH in materia di costi *ex* § 93 ZPO, affermando che, se non vi è la prova dell'avvenuto invio o meno, non vi è spazio per l'applicazione del paragrafo citato per quel che concerne l'addebito dei costi³⁷⁸.

³⁷⁶ OLG Dresden, *Beschluss* 10 settembre 1997 – 14 W 0854/97 in WRP 1997, p. 1201 s.; OLG Düsseldorf, *Beschluss* 21 giugno 2000 – 2 W 23/00, in GRUR-RR, 2001, p. 199 s.; J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit. p. 1307 s.

³⁷⁷ OLG Stuttgart GRUR 1984, p. 142; OLG Hamm GRUR 1994, p. 611; O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 511; V.DEUTSCH, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 38 s., in particolare le conclusioni cui giunge in materia di spedizione postale, p. 40.

³⁷⁸ Tale pronuncia è del 21.12.2006 e chiarisce che è compito del convenuto dimostrare i requisiti richiesti dal § 93 ZPO per l'addebito dei costi processuali, ma trattandosi di raggiungere una prova negativa, ovvero il mancato invio di una comunicazione, ciò porta in seconda battuta a che sia l'attore a dimostrare, circostanziandolo, l'invio dell'*Abmahnung*.

Sul punto si veda BGH, *Beschluss* 21 dicembre 2006 – I ZR 17/06 (OLG Düsseldorf, in GRUR 2007, p. 629 s.

IV.1.8 - Costi

Per quel che concerne i costi sostenuti per l'invio di un'*Abmahnung* finalizzata al tentativo di risoluzione stragiudiziale delle controversie, dall'entrata in vigore della riforma dell'UWG nel 2004, è previsto che questi possano essere richiesti *ex* § 12, primo comma, secondo periodo, UWG, qualora la pretesa sia fondata e l'*Abmahnung* sia legittima³⁷⁹.

Oltre alla fondatezza della pretesa, è necessario che le spese siano risultate utili al perseguimento dello scopo giuridico cui erano finalizzate³⁸⁰.

La previsione normativa *ex* § 12, primo comma, secondo periodo, UWG ha con ciò messo fine ad un'accesa e *ultra* decennale diatriba, che perdurava fin dalla prima stesura

³⁷⁹ Nel testo si legge: «Soweit die Abmahnung berechtigt ist, kann der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangt werden». La dottrina è conseguentemente unanime, a riguardo, *ex plurimis*, W.GLOY, in Gloy/Loschelder, *Handbuch*, cit., p. 1635; A.NORDEMAN, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 791, aggiunge che normalmente il concorrente può pretendere le somme a titolo di risarcimento del danno e, qualora così non fosse, può invece ricorrere al § 12 sopra ricordato. O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 482, precisa che in linea generale non sarebbe opportuno inserire le spese necessarie per l'*Abmahnung* fra le voci del risarcimento del danno, chiarendo all'intimato che l'accettazione della proposta di astensione può essere efficace anche senza il riconoscimento dei costi, che potrebbero invece essere successivamente richiesti in sede processuale.

³⁸⁰ In tal senso, si vedano anche le motivazioni negli atti ufficiali del Parlamento tedesco, *Bundestag* 15/1487 del 2003, p. 25.

dell'UWG del 1909, circa il fondamento dogmatico di un simile diritto al risarcimento dei costi sostenuti³⁸¹.

Come già nella vigenza della precedente normativa, l'obbligo di sollevare dalle spese sostenute grava l'intimato solo per quelle obbiettivamente necessarie, mentre, nel caso di un'*Abmahnung* ingiustificata, oltre a non essere esigibili i costi sostenuti, in casi eccezionali si può configurare addirittura un obbligo al risarcimento del danno patito dal soggetto passivo che ha ricevuto la comunicazione che, pur non essendo obbligato a rispondere, potrebbe aver dovuto a sua volta affrontare dei costi in conseguenza dell'intimazione ricevuta³⁸².

Per il riconoscimento, a titolo di risarcimento del danno, delle spese sostenute, bisogna differenziare a seconda dei soggetti legittimati che hanno agito inviando la comunicazione di diffida.

Infatti, quando si tratta di concorrenti che siano imprese di modeste dimensioni, è probabile che questi, al fine di verificare la sussistenza giuridica della violazione che andavano a contestare, si siano rivolti ad un legale e appare quindi chiaro che, entro certi limiti, un risarcimento per le spese effettuate sia legittimo.

³⁸¹ O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 513 s.; W.GLOY, in Gloy/Loschelder, *Handbuch*, cit., p. 1635; V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 377 s.

³⁸² Si pensi ad esempio alla richiesta di aiuto ad un avvocato per verificare il fondamento della violazione contestata. Tali costi però, va sottolineato, posso essere richiesti solo in sede processuale. In tal senso K.SPÄTGENS in Arhens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 109 s.; W.GLOY, in Gloy/Loschelder, *Handbuch*, cit., p. 1637 s.

D'altro canto, quando si tratta di grosse aziende con un dipartimento legale interno, così come di associazioni di consumatori, è facile ritenere che il ricorso ad un professionista esterno non sia necessario, rientrando una simile comunicazione fra le competenze degli intimanti e quindi, in questi casi, i costi legati all'incarico dato ad un avvocato non dovrebbero essere ritenuti e classificati come danni causati dal concorrente sleale³⁸³.

Anche per le associazioni di categoria, così come le associazioni che hanno per scopo il contrasto alle pratiche commerciali sleali, normalmente attrezzate per procedere alla diffida senza la necessità di incaricare un legale in tutti quei casi di non particolare complessità, nella prassi non viene riconosciuto un diritto al risarcimento delle spese sostenute, tranne che per quelle che avrebbero comunque avuto anche senza il ricorso alla consulenza di un avvocato³⁸⁴.

³⁸³ O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 514.

³⁸⁴ O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 519; W.GLOY, in Gloy/Loschelder, *Handbuch*, cit., p. 1637 s., aggiunge che per le associazioni di categoria e per quelle finalizzate al controllo del mercato è previsto un risarcimento forfettario, la cui quantificazione è discussa, ma solitamente desunta dal valore dell'infrazione contestata, calcolata in base al disposto del § 287, secondo comma, ZPO. Dello stesso avviso anche J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit., p. 1328, che quantifica in 195€ + 7% di Iva l'importo generalmente riconosciuto. V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 378, concorda, quantificando approssimativamente in 200 € la somma dovuta.

In ogni caso, se l'*Abmahnung* si rivela infondata, non si ha diritto né alle spese avute in proprio, né agli onorari eventualmente pagati ad un avvocato³⁸⁵.

Come già ricordato in precedenza, il riconoscimento delle spese non presuppone un'ammissione di colpa per la violazione contestata³⁸⁶.

La prescrizione del diritto al risarcimento delle spese sostenute si realizza in sei mesi dal momento in cui queste sono esigibili oppure da quando il creditore ne è venuto a conoscenza oppure ancora da quando ne sarebbe potuto venire a conoscenza usando l'ordinaria diligenza, *ex* § 11, primo comma, UWG.

Quando più legittimati abbiano inviato un'*Abmahnung* allo stesso soggetto e questo non si sia impegnato ad interrompere la pratica contestata con nessuno di loro, sottoscrivendo un accordo di astensione, ogni avviso è da considerarsi legittimo e tutti gli intimanti hanno diritto al risarcimento delle spese, sostenute per la diffida inviata, *ex* § 12, primo comma, secondo periodo, UWG³⁸⁷.

³⁸⁵ Come già sottolineato infatti queste pretese risultano legittime solo quando l'intimato accetti integralmente o parzialmente l'obbligo di astensione richiesto e la condotta commerciale scorretta venga almeno in parte sanata. Così W.GLOY, in Gloy/Loschelder, *Handbuch*, cit., p. 1638 s. Anche J.BORNKAMM, in *Abmahnung*, cit., p. 1328, che si sofferma anche sugli onorari in genere risarcibili per un incarico affidato ad un avvocato, p. 1327.

³⁸⁶ Si veda, *ex plurimis*, W.GLOY, in Gloy/Loschelder, *Handbuch*, cit., p. 1635.

³⁸⁷ In tal senso B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 490.

IV.1.9 - *Abmahnungen* ingiustificate

Già nei paragrafi precedenti si è accennato all'eventualità che l'*Abmahnung* non sia legittima.

Questo può succedere quando il soggetto che invia la comunicazione non sia legittimato a proporla ex § 8, terzo comma, UWG, si pensi ad un singolo consumatore, oppure quando il soggetto destinatario dell'avviso non sia un commerciante, ma sia, utilizzando lo stesso esempio che precede, un semplice consumatore, oppure ancora che sia ingiustificata in quanto la pratica commerciale sleale contestata sia in effetti corretta e legittima³⁸⁸.

Le conseguenze, a seconda del caso concreto, sono spesso molto dibattute e anche le pronunce giurisprudenziali non sono univoche³⁸⁹.

Con certezza, come già evidenziato nel paragrafo che precede, si può escludere in ogni caso il diritto al risarcimento delle spese sostenute previsto dal § 12, primo comma, secondo periodo, UWG.

Parimenti è indiscusso che si possa escludere l'insorgere di un obbligo, in capo al soggetto destinatario della comunicazione, di risposta.

Il destinatario può senza dubbio proporre un'azione di accertamento giudiziale, la c.d. *Feststellungsklage*, § 256 ZPO,

³⁸⁸ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 378 s.

³⁸⁹ O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 504; W.GLOY, in Gloy/Loschelder, *Handbuch*, cit., p. 1643 s.

volta ad accertare appunto l'illegittimità delle accuse³⁹⁰ oppure la correttezza della propria condotta, quando venga contestato un comportamento commerciale in realtà corretto. Secondo la dottrina prevalente l'interesse all'accertamento trova fondamento, nel destinatario, già al momento della ricezione della diffida stessa e con effetto immediato mentre, secondo una tesi minoritaria, tale diritto nascerebbe solo decorso il termine presente nell'avviso³⁹¹.

L'interesse all'accertamento perdura fino al momento in cui l'intimante abbia proposto un'azione di condanna finalizzata all'inibizione della pratica censurata, ovvero fino all'emissione di un provvedimento del giudice che dichiari la legittimità della pratica commerciale contestata o in seguito alla rinuncia dell'intimante alle sue pretese, oppure all'esperimento di un'azione di condanna che non sia più ritirabile. In questo caso i costi del processo saranno a carico di colui che ha proposto l'*Abmahnung* illegittimamente³⁹² e potrebbe nascere, a favore del destinatario, un diritto ad un ulteriore risarcimento del danno, salvo che egli non abbia agito in mala fede o in modo disonesto.

Diverso è poi il caso in cui l'avviso sia palesemente fondato su supposizioni errate e quindi la situazione possa essere risolta fra le parti senza ricorso ad un processo.

³⁹⁰ Questo secondo la disciplina generale prevista *ex* § 253 ZPO.

³⁹¹ O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 504.

³⁹² W.ACHILLES, in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß*, cit., p. 66.

L'eventuale azione inibitoria promossa davanti al giudice ³⁹³, in conseguenza di un'*Abmahnung* illegittima, è inammissibile. Questo anche perché, in generale, trattandosi di un primo passo processuale, appare ingiustificato nel caso in cui un individuo non abbia agito scorrettamente ³⁹⁴.

IV.1.10 - Abuso del diritto

Vista la possibilità di ottenere il risarcimento dei costi sostenuti per l'invio dell'*Abmahnung*, in particolare degli esborsi effettuati come spese legali legate agli onorari di un avvocato, si è venuto a creare un fenomeno di abuso del diritto.

Diverse imprese o gruppi di impresa infatti hanno contestualmente inviato ad un unico trasgressore, per mezzo dello stesso avvocato, avvisi contenenti una richiesta di astensione identica fondata sulla stessa pratica commerciale sleale.

Ex § 8, quarto comma, UWG, le pretese indebite, come in questo caso, non danno diritto ad alcun risarcimento delle spese ³⁹⁵.

³⁹³ Da intendersi qui come l'*Unterlassungsklage*.

³⁹⁴ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 379 s.

³⁹⁵ W.GLOY, in Gloy/Loschelder, *Handbuch*, cit., p. 1648 s.

§ IV.2 - **Abschlusschreiben**

Una particolare forma di *Abmahnung* è l'*Abschlusschreiben*³⁹⁶ che nella prassi si è formato come ulteriore istituto per la risoluzione delle controversie, in materia di diritto della concorrenza sleale, dopo l'ottenimento di un provvedimento d'urgenza volto alla cessazione di una pratica commerciale scorretta.

L'obiettivo di tale scritto è quello di ottenere dall'intimato il riconoscimento definitivo del provvedimento temporaneo già ottenuto, e contiene quindi la rinuncia, da parte di quest'ultimo, al diritto di opporsi al provvedimento stesso³⁹⁷.

Per comprendere l'istituto in analisi bisogna tener conto che il provvedimento inibitorio cautelare, la c.d. *Unterlassungsverfügung*, costituisce solo un titolo provvisorio che, solitamente, presuppone la necessità di una contemporanea o successiva azione inibitoria, tranne quando il trasgressore, dopo l'emissione del provvedimento temporaneo, non rinunci al diritto ad impugnarlo.

Condizione necessaria è che la dichiarazione finale, la c.d. *Abschlusserklärung*, rispecchi esattamente il contenuto del provvedimento temporaneo già ottenuto, perché solo così ha valore come titolo principale.

³⁹⁶ Questo termine si potrebbe forse tradurre come un atto transattivo.

³⁹⁷ G.LUCKE, *Abschlußschreiben und Schutzschrift bei Unterlassungsverfügungen*, in *Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtstag* : vestigia iuris, Tübingen, 1993, p. 293 s.

L'effetto principale di un *Abschlusssschreiben* regolare è quello di far venir meno la necessità di un'ulteriore azione.

Allo stesso tempo l'*Abschlussklärung* ha la medesima funzione, rispetto ad un provvedimento d'urgenza già emesso, di attenuare il pericolo che venga ripetuta una determinata pratica commerciale scorretta che avrebbe una dichiarazione di astensione con clausola penale, ovvero la *strafbewehrte Unterlassungserklärung*, poiché il titolo ottenuto attraverso il provvedimento diventa definitivo³⁹⁸.

Per quel che concerne i costi ed il riconoscimento delle spese sostenute, l'*Abschlusssschreiben* è regolato come una *Abmahnung*.

Ciò significa anche che il rifiuto o il mancato tentativo di sottoscrivere un *Abschlusssschreiben*, a seguito dell'emissione del provvedimento provvisorio, può portare alla condanna al pagamento delle spese processuali *ex* § 93 ZPO, quando l'intimante abbia proceduto immediatamente con un'azione giudiziale e l'intimato dovesse riconoscere subito il proprio torto.

§ IV.3 - **Schutzschrift**

L'*Abmahnung* e i procedimenti connessi sono pericolosi per chi ne viene colpito, poiché questi possono portare

³⁹⁸ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 381.

all'emissione di un provvedimento inibitorio cautelare senza che l'intimato venga sentito nel merito.

Per prevenire questa situazione, nella prassi si è sviluppato l'istituto della c.d. *Schutzschrift*, ovvero uno 'scritto di protezione'³⁹⁹.

Si tratta essenzialmente di uno scritto difensivo che l'intimato invia al tribunale, in via precauzionale, quando abbia ricevuto un'*Abmahnung* illegittima e tema che l'intimante possa procedere anche ad una successiva azione giudiziale. Con tale comunicazione l'ingiunto presenta un'istanza in cui richiede al tribunale di non rilasciare un eventuale provvedimento temporaneo senza che vi sia un'udienza previa nella quale possa comparire.

In generale può essere opportuno, già in questa sede, prendere posizione nel merito della questione, enunciando le proprie ragioni e anticipando così la temuta richiesta di un provvedimento da parte dell'intimante⁴⁰⁰.

Sebbene l'istituto della *Schutzschrift* non figuri nello ZPO, si evince dall'art. 103, primo comma, GG⁴⁰¹ che statuisce che chiunque ha diritto ad essere ascoltato in tribunale⁴⁰², che

³⁹⁹ B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 491.

⁴⁰⁰ Sulla possibilità di trattare anche nel merito la questione A.NORDEMANN, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 790 s.; così anche G.SPECKMANN, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 805 s., che riporta anche alcuni esempi.

⁴⁰¹ Il Grundgesetz è la legge fondamentale tedesca, l'equivalente della Costituzione in Italia.

⁴⁰² Testualmente si legge: «*Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör*».

il tribunale sia tenuto ad accogliere lo scritto e ha prenderlo in considerazione prima di giungere ad una decisione sulla richiesta di un provvedimento da parte dell'intimante⁴⁰³.

Quindi il tribunale, anche qualora non ritenesse le obiezioni esposte nella *Schutzschrift* rilevanti, prima di emettere un provvedimento cautelare d'urgenza dovrebbe comunque fissare un'udienza⁴⁰⁴.

L'invio di una *Schutzschrift* al tribunale comporta dei costi e chi debba sostenerli dipende soprattutto dall'esito finale del procedimento e dall'influenza che la ricezione dello scritto stesso abbia avuto⁴⁰⁵.

Il disposto del § 91 ZPO sarebbe infatti applicabile solo quando vi sia stato un effettivo deposito della richiesta di un provvedimento cautelare d'urgenza respinto per motivi sostanziali, preferibilmente attraverso una sentenza, anche se una larga parte della dottrina ritiene, principalmente per motivi di economicità, che pure in presenza di una richiesta di misure cautelari provvisorie si instaurerebbe un rapporto processuale tale da giustificare l'applicazione del richiamato paragrafo, con la conseguenza che, in caso di respingimento o ritiro della richiesta per la presenza della *Schutzschrift*, i costi andrebbero regolati ex §§ 91 e 269, terzo comma, secondo periodo ZPO, ovvero sarebbero a carico dell'attore, *lato sensu*.

⁴⁰³ Così G.LUKE, *Abschlußschreiben*, cit., p. 300 s.

⁴⁰⁴ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 381.

⁴⁰⁵ B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 491.

§ IV.4 - L'Unterlassung

IV.4.1 - Nozioni introduttive

L'UWG regola nel suo secondo capitolo (§§ 8-11) le conseguenze giuridiche delle violazioni contro la clausola generale prevista dal § 3 in combinato con i §§ 4-6, così come quelle contro il disposto del § 7, tutti naturalmente dell'UWG.

Nella sua nuova formulazione, il testo dell'UWG si differenzia rispetto a quello precedente del 1909, nel quale si rinveniva ancora la regola delle conseguenze legali, estesa a tutta la legge, in base alle singole fattispecie vietate. Con il risultato, abbastanza chiaro, che la differenza fra le due leggi appare minore di quello che si potrebbe pensare a prima vista, in virtù del fatto che, anche in passato, le pronunce basate sulla precedente normativa potevano essere trattate facendo riferimento al valore delle loro conseguenze giuridiche⁴⁰⁶.

Nella sostanza rimane invariato il fatto che, nel caso vi sia una violazione dei divieti di cui ai §§ 3-7 UWG, sorge un diritto alla cessazione degli atti di concorrenza sleale, in tedesco *Unterlassungsanspruch*, non solo a favore dei concorrenti, ma anche di una serie di associazioni di categoria, sia professionali che di consumatori, espressamente legittimate dal § 8 UWG⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 322 s.

⁴⁰⁷ Nella stesura precedente era previsto al § 13.

La formulazione attuale, introdotta con la novella del 2008⁴⁰⁸, al primo comma stabilisce che chi ha intrapreso una delle pratiche sleali previste dai §§ 3 oppure 7 UWG può essere chiamato a risponderne al fine di rimuoverne gli effetti ovvero, in caso di pericolo di ripetizione, all'astensione dal porle in essere in futuro.

Al secondo periodo dello stesso comma, il legislatore tedesco aggiunge che il diritto all'azione inibitoria viene già ad esistere nel momento in cui vi sia anche solo un'incombente minaccia del ripetersi della violazione.

Il secondo comma del § 8 UWG precisa poi che, nel caso si tratti di un'impresa, quando le pratiche sleali sono poste in essere da parte di dipendenti e terzi rappresentanti, sia l'azione finalizzata alla rimozione della pratica, che quella indirizzata ad ottenere la cessazione dell'illecito, possono essere esperite direttamente nei confronti dell'imprenditore.

Al terzo comma dello stesso paragrafo viene invece individuata la titolarità dell'azione, ovvero la legittimazione attiva, in precedenza disciplinata dal § 13 UWG, secondo comma.

Accanto alla già riconosciuta legittimazione dei concorrenti pregiudicati dalla pratica commerciale sleale, nella vecchia formulazione si faceva genericamente richiamo 'ad altri soggetti pregiudicati dall'attività vietata e agenti nel medesimo mercato'.

⁴⁰⁸ Si vedano inoltre, a tal proposito, le motivazioni negli atti ufficiali del *Bundestag* 16/10145 del 2008.

Nel nuovo testo, come sopra ricordato, vengono invece espressamente elencati gli altri soggetti di diritto legittimati, oltre ad un generico ‘ogni concorrente’ (nel testo tedesco, «*jedem Mitbewerber*»).

Accanto alle azioni sopra ricordate, al § 9, primo periodo, UWG, è previsto anche il diritto al risarcimento del danno, riconosciuto esclusivamente ai concorrenti pregiudicati dalla violazione di uno dei divieti previsti dal combinato dei §§ 3 e 7 UWG.

In altri casi, espressamente previsti al § 10 UWG, trova spazio una riduzione del profitto, quando il colpevole ha agito dolosamente, ottenendo il proprio guadagno a spese di una moltitudine di acquirenti.

Infine, il § 12 UWG regola la prescrizione delle azioni risultanti dai §§ 8, 9 e 10, primo comma, della stessa legge.

Riguardo al carattere tassativo dei §§ 8-11 della normativa *de qua*, si dovrebbe ritenere, in base alla posizione assunta dal legislatore, che oltre a queste disposizioni non vi sia nessuno spazio per il ricorso alle norme penali di cui al § 823, secondo comma, del BGB⁴⁰⁹. Da ciò si ricava che le norme di cui ai §§ 3-7, seppur contenenti disposizioni a favore dei consumatori, come espressamente previsto dal primo periodo del § 1 della legge, non siano configurabili come norme a tutela dei consumatori nell’accezione del § 823, secondo comma, BGB⁴¹⁰, con l’eccezione di quelle chiaramente inserite,

⁴⁰⁹ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 323.

⁴¹⁰ Si vedano anche in questo caso le motivazioni negli atti ufficiali del *Bundestag* 15/1487 del 2003, p. 22.

al quarto capitolo della legge, sotto il titolo di “*Strafvorschriften*”, ovvero ai §§ 16-19, a cui non si applicano i criteri specifici previsti dai paragrafi 8-11 UWG, bensì quelli generali stabiliti dal BGB, in particolare al § 823, secondo comma.

L’azione inibitoria a favore del concorrente, così come delle associazioni e delle organizzazioni di categoria a cui tale azione è estesa dal § 8 UWG, terzo comma, costituisce la cosa più significativa a livello pratico di tutta la legge. Tutte le altre sanzioni ivi previste, sia civilistiche che penalistiche, passano in secondo piano rispetto al significato di tale previsione, e ciò anche qualora si consideri il risarcimento del danno a favore del concorrente direttamente danneggiato dalla pratica scorretta, in quanto, in concreto, l’individuazione e la conseguente quantificazione del danno in materia di concorrenza sleale sono molto spesso difficili da raggiungere, se non impossibili⁴¹¹.

Sempre riguardo all’accennato sistema delle sanzioni, appare evidente la completa mancanza di una competenza amministrativa per l’affermazione dell’UWG, ancor più evidente se si confronta con la legge tedesca contro le limitazioni di concorrenza, il GWB⁴¹². In particolare non è previsto un organo, paragonabile per esempio in Italia all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato oppure in

⁴¹¹ In Germania, a tal proposito, si vedano i §§ 249-252 BGB.

⁴¹² La legge, nella sua ultima stesura, è del 15 luglio 2005.

Germania al Bundeskartellamt ⁴¹³, incaricato di svolgere un'attività di controllo, né che sia competente in caso di mancato rispetto delle disposizioni dell'UWG. Anzi, l'imposizione dei divieti, esclusi quelli penali di cui ai §§ 16-19 UWG, è stata lasciata, fin dalla prima stesura dell'UWG nel 1896, esclusivamente all'iniziativa privata dei danneggiati e delle loro associazioni di categoria, con evidente successo ⁴¹⁴, come dimostra l'elevato numero di azioni basate sul dettato dell'UWG ⁴¹⁵.

Alla nuova formulazione del testo il legislatore tedesco è giunto anche tenendo conto dell'entrata in vigore della Direttiva 2005/29/CE, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, seppur questa, all'art. 11, primo comma, stabilisca testualmente che «gli Stati membri assicurano che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni della presente direttiva nell'interesse dei consumatori».

Va sottolineato come il mancato inserimento nella direttiva dell'obbligo di creazione di un'autorità amministrativa *ad hoc* sia proprio da ricondurre alle resistenze

⁴¹³ Letteralmente l'Ufficio Federale dei Cartelli, quello che in Italia andrebbe sotto il nome e la funzione di antitrust. 'Cartello' è da intendersi come cartello commerciale fra imprese.

⁴¹⁴ Per approfondire la critica a questo sistema e le proposte di riforma, si veda M.BASTIAN, in Schricker/ Henning-Bodewig, *Neueordnung*, p. 199.

⁴¹⁵ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 324.

fatte dalla Germania e dall'Austria, finalizzate a lasciare agli Stati la scelta di quale sistema adottare, in alternativa alla creazione di organi amministrativi con la finalità di vigilare sul mercato e sul rispetto di quanto previsto nella direttiva stessa⁴¹⁶.

Infatti nella direttiva si legge: «spetta a ciascuno Stato membro decidere a quali di questi mezzi si debba ricorrere e se sia opportuno che l'organo giurisdizionale o amministrativo possa esigere che si ricorra in via preliminare ad altri mezzi previsti per risolvere le controversie, compresi quelli di cui all'articolo 10»⁴¹⁷, il che tuttora non ha comportato nessuna necessità di adeguamento.

In Italia invece, così come in altri paesi, fra i quali la Gran Bretagna, l'Irlanda e la Spagna, sono stati all'uopo creati organi amministrativi, cioè delle Autorità nazionali di controllo⁴¹⁸.

⁴¹⁶ F.HENNING-BODEWIG, *Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken und UWG-Reform*, in *GRUR Int.*, 2004, p. 183.

⁴¹⁷ Così il terzo paragrafo dell'art. 11 della Dir. 29/2005/CE.

⁴¹⁸ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 324.

§ IV.5 - Unterlassungsanspruch

IV.5.1 - Condizioni necessarie

Ai sensi del primo comma del § 8 UWG, primo periodo, chi intraprende una delle pratiche commerciali vietate dai § 3 e § 7 UWG, qualora vi sia pericolo di reiterazione della pratica, può essere tenuto alla cessazione o astensione dall'ulteriore compimento della pratica stessa.

Il verbo *unterlassen* si contrappone al positivo *tun*, ovvero 'fare', come emerge dal primo comma del § 194 BGB, in tema di prescrizione⁴¹⁹.

Generalmente sono necessarie tre condizioni per legittimare al diritto alla cessazione degli atti di concorrenza sleale.

Per prima cosa deve essere posta in essere un'azione in violazione di quanto stabilito al § 3 e al §7 dell'UWG⁴²⁰.

In secondo luogo l'azione deve essere antigiuridica, e in terzo luogo deve sussistere il pericolo di reiterazione della stessa, mentre la colpa, come si desume dal combinato del primo comma del § 8 e dal primo periodo del § 9 UWG, non

⁴¹⁹ In tal senso si veda W.BÜSCHER, *Beseitigung und Unterlassung*, in *Lauterkeitsrecht*, II, a cura di K-H.Fezer, München, 2010, p. 702.

⁴²⁰ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 325, precisa a tal proposito come questa azione sia spesso definita *Eingriff*.

rappresenta un elemento necessario ai fini della configurazione della fattispecie.

Lo scopo principale dell'*Unterlassungsanspruch* è quello di impedire il ripetersi nel futuro di nuove violazioni della norme dell'UWG uguali a quelle già poste in essere dal trasgressore, tanto è vero che il primo comma del § 8 UWG, primo periodo, in accordo con i §§ 12, secondo periodo, e 1004 BGB, primo comma, secondo periodo, accanto alle già ricordata violazione di quanto stabilito al § 3 e al § 7 dell'UWG, prevede la concreta possibilità di una ripetizione degli atti di concorrenza sleale⁴²¹.

In definitiva, quando tale circostanza sia esclusa, viene meno la ragione dell'*Unterlassungsanspruch*⁴²².

A tal proposito è altresì da valutare quando la violazione delle norme a tutela della concorrenza sia effettivamente tale da escludere il ripetersi delle stessa in un periodo prossimo, e rappresenti una violazione isolata, anche in virtù del cambiamento delle circostanze di fatto che hanno portato alla realizzazione della pratica stessa⁴²³.

⁴²¹ In tal senso si veda J.FRITZSCHE, *Unterlassungsanspruch*, cit., p. 148 s.

⁴²² Per esempio quando, in seguito ad una fusione societaria, non esista più l'impresa che ha posto in essere la violazione, o questa abbia anche solo semplicemente cambiato proprietario, la nuova direzione imprenditoriale è di per sé sufficiente a far ritenere che il pericolo di reiterazione della condotta contestata venga meno.

⁴²³ Si pensi ad esempio ad una promozione straordinaria legata ad un evento particolare, quale un anniversario di fondazione di

Sempre in tema di pericolo di reiterazione della pratica commerciale, si deve trattare di presupposti materiali e concreti all'esercizio del diritto alla cessazione degli atti lesivi della concorrenza, in mancanza dei quali l'azione promossa davanti al giudice non può essere accolta in quanto infondata⁴²⁴.

L'onere della prova di tale concreto pericolo ricade sull'attore⁴²⁵, anche se in tema di ripetizione delle pratiche commerciali illecite questo rischio si presume come sempre presente, restando pertanto in capo al convenuto il compito di liberare il campo da qualsiasi sospetto, e ciò nonostante i presupposti per cui la reiterazione della pratica sia possibile, come visto, si concretizzano solo in presenza di condizioni particolari.

Generalmente il rilascio di una dichiarazione di astensione contenente una clausola penale, intendendo con ciò la c.d. *strafbewehrte Unterlassungserklärung*⁴²⁶, appare sufficiente allo scopo di garantire la non reiterazione della pratica commerciale contestata, come confermato dal dettato del primo comma del § 12 UWG, al primo periodo, mentre una

un'impresa, oppure legate ad un evento sportivo a carattere straordinario come le olimpiadi ospitate sul territorio nazionale.

⁴²⁴ A tal proposito, per una riflessione preliminare sulle decisioni del BGH, si veda B.H.OPPERMANN, *Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozess*, Tübingen, 1993, p. 3 s.

⁴²⁵ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 326.

⁴²⁶ Anche indicata come *strafbewehrte Unterwerfungserklärung*.

semplice dichiarazione, priva della clausola penale, non appare idonea a questo scopo.

Dal pericolo di reiterazione, che appartiene alle condizioni necessarie per l'insorgere del diritto alla cessazione degli atti di concorrenza sleali, va distinto l'interesse ad agire, in mancanza del quale la domanda giudiziale è da ritenere inammissibile⁴²⁷.

IV.5.2 - Conseguenze giuridiche

Se le condizioni per l'insorgere del diritto alla cessazione degli atti di concorrenza sleali sopra ricordate sono tutte realizzate, l'avente diritto può pretendere dal trasgressore

⁴²⁷ Ad esempio quando l'attore sia già in possesso di un titolo esecutivo valido nei confronti del convenuto, a meno che questo non sia un titolo provvisorio emesso in seguito ad un provvedimento d'urgenza, nel qual caso la possibilità di agire attraverso la c.d. *Unterlassungsklage* non appare preclusa, a meno che il convenuto non abbia espressamente rinunciato, attraverso il riconoscimento definitivo del provvedimento temporaneo già ottenuto, al diritto di opporsi al provvedimento stesso. Si rimanda qui a quanto scritto al par. IV.2. Conformemente si esprime anche V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 326.

la cessazione di tutte le pratiche commerciali illecite poste in essere⁴²⁸.

L'inibitoria è diretta alla ripetizione futura di specifiche pratiche commerciali, ragione per la quale queste devono essere indicate con precisione, non potendosi riferire ad una generalità indeterminata di pratiche commerciali simili, a meno che le caratteristiche di queste violazioni non siano tali da renderlo necessario in considerazione della natura degli illeciti già posti in essere dal trasgressore⁴²⁹.

Al di fuori di questa particolare ipotesi, nella citazione le pratiche per le quali si chiede la cessazione devono essere indicate con precisione e in maniera univoca, giacché l'utilizzo di formulazioni generiche rende la domanda inammissibile ai sensi del § 253 BGB.

La domanda può altresì contenere la richiesta di riparazione o rimozione degli effetti prodotti dalla pratica commerciale contestata, ovvero la c.d. *Beseitigungsanspruch*, in particolare nei casi in cui la mancata rimozione degli elementi illeciti renda perduranti gli effetti degli atti di concorrenza sleali⁴³⁰.

⁴²⁸ A norma del già citato primo comma del § 8 UWG. Il divieto esplica i suoi effetti su tutto il territorio nazionale anche qualora la pratica contestata abbia riguardato un'unica unità produttiva o filiale indipendente, ai sensi del secondo comma del § 8 UWG.

⁴²⁹ Sul punto si veda B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 415 s.

⁴³⁰ Si pensi ad esempio ad una violazione perpetrata attraverso l'utilizzo di cartelloni o manifesti pubblicitari in cui il proseguito della diffusione o dell'affissione continui ad arrecare materialmente un

In questi casi le due pretese, ovvero quella di cessazione e quella di rimozione della pratica commerciale censurata, si trasformano, in via eccezionale, in un'unica domanda giudiziale tale da rendere così unitario l'oggetto della lite.

Da ultimo, nella domanda giudiziale l'attore può richiedere che sia posta a carico del convenuto la pubblicità dell'eventuale sentenza di condanna ai sensi del terzo comma del § 12 UWG⁴³¹.

IV.5.3 - Azione inibitoria preventiva

Una forma particolare di espressione del diritto alla cessazione degli atti di concorrenza sleali è rappresentata dall'azione inibitoria preventiva⁴³².

Tale istituto si applica quando ci si trovi in presenza di una pratica commerciale non ancora posta in essere, ma tale da costituire una minaccia concreta di violazione delle norme

pregiudizio ai concorrenti o ai consumatori. Tale esempio è fornito da V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 327.

⁴³¹ Tale previsione rientra fra i poteri discrezionali del giudice, rappresentando un prudente bilanciamento degli interessi delle parti. A tal proposito si veda T.LETTL, *Wettbewerbsrecht*, München, 2009, p. 480.

⁴³² In lingua tedesca si utilizza l'espressione *vorbeugender Unterlassungsanspruch*. Per una critica a tale terminologia si rimanda ad H.-J.AHRENS, *Der Wettbewerbsprozeß. Ein Praxishandbuch*, a cura di H.-J.Ahrens, 6° ed., Köln-München, 2009, p. 232.

sulla concorrenza sleale, ai sensi del primo comma del § 8 UWG, secondo periodo.

Il soggetto minacciato da tale pratica può quindi agire in via preventiva senza attendere l'effettivo compimento dell'illecito, chiedendo l'inibizione di questi atti.

Condizione necessaria al fine di ottenere il provvedimento inibitorio è la presenza di una minaccia concreta ed effettiva, palesatasi per la prima volta, e tale da comportare l'imminente rischio di una violazione della normativa sulla pratiche commerciali illecite.

Questa attitudine si può desumere dai comportamenti tenuti da quello che si potrebbe definire un potenziale trasgressore, come ad esempio l'aver già posto in essere una serie di atti preparatori tali da far ritenere che la violazione sia imminente⁴³³.

Per la rimozione del pericolo di ripetizione della pratica commerciale censurata, in questo caso, è sufficiente il riconoscimento incondizionato da parte del potenziale trasgressore della illiceità della pratica stessa unitamente alla sua immediata cessazione, oltre al rilascio di una dichiarazione di astensione futura dalla riproposizione della stessa.

⁴³³ Sul punto V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 328.

§ IV.6 - Beseitigungsanspruch

Ai sensi del primo comma del § 8, primo periodo, chiunque compie una delle pratiche commerciali illecite previste dal § 3 o dal § 7 UWG può essere chiamato a rispondere, dai soggetti indicati dal terzo comma del § 8 UWG⁴³⁴, non solo per la cessazione della pratica, ma anche per la rimozione degli effetti dannosi da questa cagionati.

Questo diritto dei soggetti colpiti dagli atti di concorrenza sleale trova la sua *ratio* nel fatto che, in certi casi, la mera cessazione delle pratiche non soddisfa il legittimo bisogno di protezione dei soggetti pregiudicati dall'attività illecita.

Il *Beseitigungsanspruch* è un'azione negatoria, diretta alla cessazione degli effetti delle pratiche commerciali illecite, e si differenzia dall'*Unterlassungsanspruch* per il suo carattere positivo, in quanto mira ad un 'fare', mentre quest'ultimo, come visto, mira ad un 'non fare', ovvero alla cessazione di un'azione, o all'astensione dal compimento della stessa, qualora sia strumento preventivo⁴³⁵.

Il primo presupposto per l'ammissibilità del *Beseitigungsanspruch*, è la presenza di una pratica commerciale, obiettivamente contraria a quanto previsto dalla normativa in materia di concorrenza sleale, che continui ad

⁴³⁴ Nel testo della norma si fa riferimento a persone, associazioni di categoria e professionali, ed organizzazioni fra le quali le camere dell'industria, del commercio e dell'artigianato.

⁴³⁵ A tal proposito si veda W.BÜSCHER, *Beseitigung*, cit., p. 703.

essere fonte di pregiudizio per altri soggetti, ed il secondo è che la rimozione degli effetti subiti da questi soggetti pregiudicati, e direttamente derivanti da tale condotta illecita, sia possibile e ragionevole⁴³⁶.

Il *Beseitigungsanspruch* differisce dal risarcimento del danno per la funzione che svolge, essendo quest'ultimo diretto alla rimozione degli effetti dannosi passati, mentre il primo è rivolto alla rimozione dei pregiudizi futuri che potrebbero ancora colpire il soggetto leso dalla pratica commerciale sleale⁴³⁷.

Quanto al contenuto del *Beseitigungsanspruch* questo dipende concretamente dal tipo di violazioni⁴³⁸.

Indubbiamente, il caso più comune è quello della richiesta di una smentita pubblica diretta alla rimozione degli effetti confusori generati da una pratica commerciale, oppure quelli derivanti da una pubblicità comparativa e denigratoria

⁴³⁶ Sul punto V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 329.

⁴³⁷ Si veda a tal proposito il § 249 BGB. In dottrina interessanti spunti sulla difficoltà a distinguere i due istituti, in particolari casi, si veda J.FRITZSCHE, *Unterlassungsanspruch*, cit., p. 201 s.

⁴³⁸ Si veda sul punto B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 418. In particolare si osserva come la grande varietà delle pratiche lesive della concorrenza determini di volta in volta gli strumenti più adeguati al caso di specie. Si pensi ad esempio al caso in cui il trasgressore abbia utilizzato un marchio altrui, oppure abbia registrato una denominazione appartenente ad altri, o ancora abbia diffuso affermazioni non veritiere in messaggi pubblicitari, o abbia creato confusione fra i suoi prodotti e quelli di un concorrente. Dello stesso avviso W.BÜSCHER, *Beseitigung*, cit., p. 704 s.

per i prodotti di un concorrente ai sensi del § 4, n. 8, UWG ovvero del § 5 UWG, in tema di pubblicità ingannevole.

Da qui si desume come il presupposto principale per la sussistenza di un diritto alla rimozione degli effetti di una pratica commerciale illecita sia appunto la sua contrarietà alle norme in materia di concorrenza sleale e che quindi, affinché si configuri un diritto alla smentita di quanto affermato, ad esempio in una pubblicità, questa deve necessariamente avere un contenuto scorretto o non veritiero⁴³⁹.

L'onere della prova, in questo caso, grava sull'attore e, nel caso in cui permangano dubbi circa la correttezza ovvero veridicità della circostanza contestata, non sarà possibile ottenere una smentita, ma si potrà comunque richiedere una dichiarazione in cui il convenuto si impegna a non ripetere in futuro tali affermazioni⁴⁴⁰.

§ IV.7 - Unterwerfungserklärung

IV.7.1 - Nozione e natura giuridica

Nell'ambito delle controversie di natura concorrenziale, il pericolo di ripetizione delle pratiche illecite può essere

⁴³⁹ In tal senso si veda W.BÜSCHER, *Beseitigung*, cit., p. 702.

⁴⁴⁰ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 329.

contrastato attraverso un accordo contrattuale di astensione rafforzato attraverso la predisposizione di una clausola penale ai sensi del § 339 BGB⁴⁴¹.

Per questo motivo in Germania, dai primi anni settanta del secolo scorso, in caso di violazioni delle norme sulla concorrenza si è sviluppata la prassi di offrire preliminarmente la possibilità al trasgressore di rilasciare una dichiarazione ai soggetti legittimati o lesi nella quale si impegna a non ripetere la pratica commerciale illecita, senza dover pertanto ricorrere ad una domanda giudiziale⁴⁴². Tale dichiarazione, come visto, deve contenere una clausola penale idonea a fungere da deterrente per il futuro⁴⁴³.

Alla prassi ora richiamata si ispira senza dubbio il primo comma del § 12 UWG, primo periodo, che stabilisce come i legittimati a far valere un'azione inibitoria a norma del terzo comma del § 8 UWG dovrebbero avvisare il trasgressore prima di instaurare un procedimento giudiziario⁴⁴⁴, contestandogli puntualmente la pratica illecita, e dandogli la possibilità di risolvere la controversia per via stragiudiziale attraverso il

⁴⁴¹ A tal proposito solitamente si parla di *Unterlassungserklärung*, *Unterwerfungserklärung*, oppure di *Vertragsstrafenversprechen*.

⁴⁴² Si rimanda qui a quanto detto al par. IV.1.3 circa la natura negoziale dell'istituto in parola, ed in particolare alla nt. 308.

⁴⁴³ Per alcune considerazioni preliminari sulla determinazione del valore economico della penale si rimanda a quanto scritto alla nt. 309. Sul punto si tornerà ancora in seguito.

⁴⁴⁴ Tale avviso è l'*Abmahnung*. Anche qui per le considerazioni su tale istituto si rimanda a quanto detto nel paragrafo ad esso dedicato, ovvero il § IV.1.

rilascio di una dichiarazione di astensione dagli atti di concorrenza sleale rafforzata, come detto, da una clausola penale a favore dei soggetti che contestano tale condotta.

Dal punto di vista sostanziale, mediante la dichiarazione di astensione si osserva come, attraverso l'istituto della novazione, venga ad esistenza un nuovo rapporto indipendente da quello precedente, che potrebbe definirsi un rapporto debitorio astratto, ovvero una promessa debitoria astratta ai sensi del § 780 BGB⁴⁴⁵.

In particolare tale accordo è stato definito come una dichiarazione unilaterale recettizia⁴⁴⁶

Come già osservato si è in presenza di un contratto nel quale il venir meno del pericolo di reiterazione di una condotta, ovvero di compimento di una data azione, è subordinato all'individuazione chiara e concreta di una pratica commerciale che si vuole inibire, oltre che della volontà del proponente, e la dichiarazione di astensione deve avere un

⁴⁴⁵ Il termine usato dagli autori tedeschi è *abstrakt Schuldversprechen*. A proposito dell'elemento soggettivo del trasgressore e dell'importanza della effettiva 'serietà' della dichiarazione, si veda la decisione del BGH, in GRUR, 1983, p. 127 s. – *Vertragsstrafeversprechen*. Anche V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 330, che osserva altresì come in alcuni casi si possa trattare anche di una transazione oppure di un riconoscimento dichiarativo.

⁴⁴⁶ O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren*, 10^o ed., Köln, 2010, p. 65, che osserva come generalmente si tratti di una *Willenserklärung*.

contenuto certo, assoluto ed illimitato nel tempo, così come una portata tale da garantire lo scopo per la quale si richiede⁴⁴⁷.

La definizione puntuale delle condotte censurate può portare a che il trasgressore accetti solo in parte di vincolarsi, a seguito di un'*Abmahnung*, impegnandosi ad astenersi solo da alcune delle pratiche contestate. In tal caso resta salvo, per le pratiche non riconosciute, il diritto a ricorrere al giudice per ottenere un'inibitoria degli atti di concorrenza sleale esclusi dall'accordo⁴⁴⁸.

In caso di violazione del patto, il pagamento della penale concordata non presenta particolari aspetti critici e può essere subordinata ad una pronuncia del tribunale ovvero alla continuazione di una determinata situazione giuridica.

Raro inoltre che sorga la necessità di estendere la dichiarazione già rilasciata⁴⁴⁹.

Per quel che attiene la quantificazione della penale, questa dipende dalle circostanze, ed è proporzionata al tipo di violazione commessa, alla sua gravità ed alla sua entità, oltre che alla presenza del dolo del trasgressore, o in ragione del grado di colpevolezza dello stesso, e tenuto conto della pericolosità che rappresenta per i soggetti lesi. In generale però si può affermare che essa deve essere idonea a garantire la

⁴⁴⁷ *Ex plurimis* J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit., p. 1329 s.; O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 66.

⁴⁴⁸ J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit., p. 1330.

⁴⁴⁹ Come osservato da B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, cit., p. 484.

cessazione degli atti di concorrenza sleale fungendo da deterrente per il trasgressore⁴⁵⁰.

In quanto rapporto debitorio astratto, ovvero promessa debitoria astratta ai sensi del § 780 BGB, è richiesta la forma scritta⁴⁵¹.

Appare opportuno sottolineare come la dichiarazione di astensione sia generalmente *sine die*, anche se nel caso in cui vi sia, ad esempio, una modificazione del rapporto fra le parti, oppure il venir meno delle condizioni che hanno portato al rilascio della dichiarazione stessa, come il subentrare di una causa di esclusione della legittimazione del proponente per mancanza dei requisiti previsti dalla legge, piuttosto che un cambio delle norme in materia di concorrenza sleale che

⁴⁵⁰ J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit., p. 1329, si spinge fino ad affermare che questa rappresenta la sanzione in caso di ripetizione della pratica commerciale contenuta nell'accordo, così come per O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 80 s., che precisa inoltre come il criterio di determinazione della penale sia oggettivo, e non rimesso alla semplice valutazione del creditore.

⁴⁵¹ J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit., p. 1331, il quale osserva come questo aspetto sia stato a lungo dibattuto in dottrina, e sottolinea che la forma scritta non è prescritta in caso si tratti di un *Kaufmann*. Dello stesso avviso anche O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 64 s., che dopo aver rappresentato le ragioni di chi non ritiene necessaria la forma scritta, riferendosi alla possibilità che tale dichiarazione di volontà sia efficace quando posta in essere da un imprenditore a norma del § 350 del HGB, parla espressamente della necessità della forma scritta in tutti gli altri casi, includendo fra gli strumenti ammissibili a tal fine anche i moderni mezzi di comunicazione a distanza.

determini successivamente la liceità delle pratiche commerciali oggetto dell'accordo, tale contratto si possa ritenere risolto⁴⁵².

Merita un accenno la possibilità che la dichiarazione venga rilasciata dal trasgressore prima che vi sia una richiesta puntuale in tal senso da parte di altri. Questo avviene per esempio a seguito della proposizione di un mero sollecito di astensione, ovvero attraverso un'*Abmahnung* priva di una proposta concreta di accordo, oppure qualora si verifichi una controproposta da parte del trasgressore⁴⁵³.

In tali ipotesi la dichiarazione, per rientrare nello schema della *Unterwerfungserklärung*, deve essere accettata dalla controparte e possedere quei requisiti minimi sopra ricordati, ovvero essere seria, di durata illimitata nel tempo e provvista di una clausola penale congrua⁴⁵⁴.

IV.7.2 - Unterlassungsanspruch

Qualora il trasgressore violi l'accordo, sorge in capo alla controparte contrattuale un diritto all'adempimento del contratto di cessazione degli atti contro la concorrenza sleale

⁴⁵² In tal senso di vedano O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 67; J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit., p. 1348 s.; V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 331.

⁴⁵³ J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit., p. 1336.

⁴⁵⁴ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, cit., p. 332.

in precedenza stipulato, oltre all'eventuale diritto al risarcimento del danno⁴⁵⁵.

La violazione dell'accordo, d'altro canto, fa sorgere nuovamente il pericolo concreto della ripetizione della pratiche commerciali illecite, ed è quindi configurabile la richiesta di un'ulteriore dichiarazione di astensione contenente una clausola penale ancora più elevata.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ J.BORNKAMM, *Abmahnung*, cit., p. 1348.

⁴⁵⁶ O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, cit., p. 103 s.

CONCLUSIONI

§ V.1 - Sugli strumenti stragiudiziali a favore dei consumatori nel contrasto alle pratiche commerciali ingannevoli riguardanti l'origine dei prodotti agro-alimentari

Il presente elaborato nasce dalla curiosità di illustrare, partendo dalla prospettiva del consumatore medio, il modo in cui devono essere lette le informazioni riguardanti l'origine dei prodotti quotidianamente acquistati dalla totalità della popolazione, ovvero quelli agroalimentari in generale.

Accanto a ciò vi era la necessità di illustrare il modo in cui il consumatore medio deve porsi, nel caso in cui si trovi in presenza di una pratica commerciale ritenuta scorretta, e riguardante l'origine di un prodotto agroalimentare. Detto in altri termini, e omaggiando un Maestro, ovvero il Prof. A.Zaccaria, “cosa fare davanti ad una mozzarella prodotta in Germania e recante il tricolore italiano”.

Avendo consapevolezza della difficoltà ad ottenere una risposta in tempi brevi per via giudiziale, anche alla luce dei dati sul processo civile sopra ricordati, e considerando altresì che si tratterebbe, per un'azione individuale, di una questione di valore bagatellare, esaminare la via stragiudiziale è apparsa la scelta preferibile.

Per prima cosa ci si è soffermati sull'analisi di cosa debba intendersi per origine di un bene, ovvero come questa debba essere prima di tutto determinata, e cosa debba intendersi invece per provenienza: due termini, come visto, in passato spesso usati indistintamente.

La distinzione formale fra le due espressioni 'paese d'origine' e 'luogo di provenienza' viene fornita con chiarezza dal legislatore europeo solo nel Reg. (UE) n. 1169/2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori⁴⁵⁷, in cui si legge che «il paese d'origine deve essere determinato conformemente alle disposizioni relative all'origine non preferenziale del Codice Doganale Comunitario»⁴⁵⁸, mentre per luogo di provenienza deve intendersi qualunque luogo diverso dal paese d'origine specificato dal Codice stesso.

Si è visto poi come l'art. 6 del Regolamento in parola stabilisca un 'requisito di base', ovvero che tutti gli alimenti destinati al consumatore finale o alle collettività devono essere accompagnati da informazioni conformi al Regolamento stesso, e si è inoltre evidenziato come questo stabilisca l'obbligo dell'indicazione del paese d'origine o del luogo di provenienza

⁴⁵⁷ Il Regolamento in parola sarà obbligatorio dal 13 dicembre 2014, come già ricordato.

⁴⁵⁸ Ora art. 36, n. 2, del nuovo CDCA che stabilisce che «le merci alla cui produzione hanno contribuito due o più paesi o territori sono considerate originarie del paese o territorio in cui hanno subito l'ultima trasformazione sostanziale». Pacifica è quindi l'attribuzione di una data origine alle merci prodotte interamente in un unico luogo.

solo nel caso in cui l'omissione di tale informazione potrebbe indurre in errore il consumatore in merito al paese d'origine o al luogo di provenienza reali dell'alimento⁴⁵⁹, accanto alle disposizioni speciali in presenza di un «ingrediente primario».

Più in generale, si è detto che l'art. 7, par. 1, lett. a), del Regolamento, prevede quelle che definisce 'Pratiche leali d'informazione', stabilendo che le informazioni sugli alimenti non devono indurre in errore «per quel che riguarda le caratteristiche dell'alimento e, in particolare, [...] il paese d'origine o il luogo di provenienza [...]».

In presenza quindi di una violazione in materia si è ritenuto che possa trovare applicazione la disciplina generale prevista dalla Dir. 29/2005/CE sulle pratiche commerciali sleali realizzate dalle imprese nei confronti dei consumatori. Queste possono essere poste in essere «prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto»⁴⁶⁰, e sono, come abbiamo visto, la materia oggetto dell'armonizzazione stabilita dalla Direttiva.

Come si è sottolineato, tale norma contiene strumenti di contrasto anche preventivi, e non si limita a fornire strumenti

⁴⁵⁹ Il secondo paragrafo, lett. a), dell'art. 26 del Regolamento prevede l'obbligatorietà «in particolare se le informazioni che accompagnano l'alimento o contenute nell'etichetta nel loro insieme potrebbero altrimenti far pensare che l'alimento abbia un differente paese d'origine o luogo di provenienza». Si è anche evidenziato come «il nome, la ragione sociale o l'indirizzo dell'operatore del settore alimentare apposto sull'etichetta non costituisce un'indicazione del paese d'origine o del luogo di provenienza del prodotto alimentare».

⁴⁶⁰ Così il primo paragrafo dell'art. 3 della Direttiva.

rimediali, legati al concetto di difformità, come la Dir. 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, e meglio si adatta a contrastare fenomeni legati all'uso di riferimenti geografici non veritieri o, nel complesso, idonei ad ingenerare un'aspettativa nel consumatore diversa dalla realtà.

La Dir. 1999/44/CE attribuisce dei diritti potestativi ai consumatori e offre, in estrema sintesi, una tutela solo *post* acquisto. E può, in quella fase, sicuramente costituire uno strumento utile per il consumatore, anche se nel caso di molti prodotti, come la mozzarella dell'esempio introduttivo, le difficoltà sarebbero molteplici, *in primis* quelle legate al rischio di perimento della cosa.

D'altro canto, la norma a nulla giova se si considera come strumento di contrasto poiché le pratiche commerciali ingannevoli, come si è visto, configurano senza dubbio un illecito di pericolo, e questo si desume chiaramente dalla lettera dell'art. 6 della Dir. 29/2005/CE, laddove si precisa che «è considerata ingannevole una pratica commerciale che [...] inganni o possa ingannare il consumatore medio [...] e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»⁴⁶¹. Fra le caratteristiche principali del prodotto che devono essere trasmesse al consumatore in forma non ingannevole è menzionata «l'origine geografica o commerciale».

⁴⁶¹ Così il primo paragrafo dell'art. 6 della Direttiva. Nell'ordinamento italiano è l'art. 21 del Codice del Consumo.

Si può quindi affermare che la Direttiva *de qua* considera ingannevoli le pratiche che in qualunque modo, compresa la presentazione complessiva del prodotto, possono trarre in inganno il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta.

A tal proposito, vengono ricomprese nella definizione anche quelle informazioni effettivamente corrispondenti alla realtà, ovvero esatte e obbiettivamente corrette, che possono tuttavia trasmettere una rappresentazione distorta della realtà stessa o ingenerare aspettative infondate.

In tal senso, come visto, non assume rilevanza la veridicità dell'informazione in sé considerata e quindi comunicata ai consumatori, bensì l'effettiva corrispondenza della realtà con le aspettative che suscita nei destinatari⁴⁶².

Si è anche detto di come fra le pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli rientrino quelle condotte legate all'esibizione di un marchio di fiducia, di qualità oppure altro equivalente, in mancanza della necessaria autorizzazione.

Si è inoltre evidenziato come, secondo autorevole dottrina, possono ricomprendersi fra i marchi oggetto di tutela anche quelli la cui finalità ultima sia la valorizzazione dei prodotti agro-alimentari aventi caratteristiche peculiari e certificate in quanto legate ad uno specifico territorio, e l'uso quindi di richiami o riferimenti a detti marchi, in assenza di

⁴⁶² Si veda a tal proposito *supra*, p. 82, con nt. 126.

una specifica autorizzazione, è da ritenersi in ogni caso ingannevole⁴⁶³.

Va anche qui ricordato quanto espresso nel considerando n. 10 della Dir. 29/2005/CE, laddove, nonostante il carattere generale introdotto dalla disciplina, si afferma che «è necessario garantire un rapporto coerente tra la presente direttiva e il diritto comunitario esistente, soprattutto per quanto concerne le disposizioni dettagliate in materia di pratiche commerciali sleali applicabili a settori specifici. [...]

Di conseguenza, quanto disposto dalla presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore».

In virtù di ciò, la disciplina cui far riferimento è quella del ricordato Reg. (UE) n. 1169/2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori.

È stato inoltre analizzato il Reg. (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, e sebbene l'oggetto principale della tutela da questo promossa sia il corretto funzionamento del mercato, unitamente alla protezione dei produttori e degli agricoltori, attraverso la salvaguardia dei prodotti dotati di specifiche qualità, già ad una prima analisi dei 'considerando' emerge come tra le principali finalità della novella vi sia l'importanza di garantire «i cittadini e i

⁴⁶³ In tal senso R.CALVO, *Le pratiche commerciali*, cit., p. 232, con nt. 161.

consumatori dell'Unione» circa l'origine geografica dei «prodotti agricoli o alimentari con caratteristiche specifiche riconoscibili»⁴⁶⁴, dando informazioni chiare sulle proprietà che conferiscono valore aggiunto *ex art. 4, primo comma, lett. c)*.

Il Regolamento introduce poi l'obbligo per gli Stati membri di dotarsi di organismi di controllo del mercato in grado di contrastare gli illeciti relativi alle denominazioni d'origine e alle indicazioni geografiche protette⁴⁶⁵. E ciò, in Italia, ha portato all'attribuzione di detta funzione in capo all'AGCM.

E a quest'ultima può rivolgersi il consumatore *uti singulus*, secondo l'analisi svolta, seguendo la strada

⁴⁶⁴ È stato evidenziato come al considerando n. 2 si legga infatti: «Sempre di più, i cittadini e i consumatori dell'Unione chiedono qualità e prodotti tradizionali e si preoccupano del mantenimento della varietà della produzione agricola dell'Unione. Queste esigenze determinano una domanda di prodotti agricoli o alimentari con caratteristiche specifiche riconoscibili, in particolar modo quelle connesse all'origine geografica». La volontà di fornire informazioni attendibili emerge inoltre all'art. 1, che riprende l'art. 3 Reg. (UE) n. 1169/2011, ove si leggeva che quest'ultimo «stabilisce le basi che garantiscono un elevato livello di protezione dei consumatori in materia di informazioni sugli alimenti [...] garantendo al tempo stesso il buon funzionamento del mercato interno».

⁴⁶⁵ L'art. 13, terzo paragrafo, prevede infatti l'obbligo di adottare «le misure amministrative e giudiziarie adeguate per prevenire o far cessare l'uso illecito delle denominazioni di origine protette e delle indicazioni geografiche [...] prodotte o commercializzate in tale Stato membro». Il secondo periodo precisa che «A tal fine gli Stati membri designano le autorità incaricate di adottare tali misure secondo le procedure definite da ogni singolo Stato membro».

stragiudiziale, ancorché, come si è visto, la procedura di intervento dell'Autorità Garante su istanza di parte o segnalazione sia molto simile all'instaurazione di una procedura giudiziale, e il termine per l'avvio dell'istruttoria sia di 180 giorni dal ricevimento della segnalazione, con un'istruttoria che può durare fino a 120 giorni, il che rappresenta uno svantaggio in un ambito come quello della concorrenza (sleale).

All'AGCM è attribuito il potere, ai sensi del secondo e terzo comma dell'art. 27 del Codice del Consumo, di inibire la continuazione di pratiche commerciali scorrette, anche con provvedimenti d'urgenza, sia a seguito della segnalazione *de qua*, che *ex officio*.

Si è detto anche dell'istituto della mediazione, per il quale il D.Lgs. n. 28/2010 stabilisce però che «chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili».

Appare indubbio che il diritto alla correttezza delle informazioni nei confronti dei consumatori sia da ritenersi indisponibile per il singolo consumatore, in quanto derivante da norme poste a tutela dell'interesse collettivo⁴⁶⁶ e, nel caso dei marchi territoriali usati senza un'autorizzazione, anche dei terzi.

⁴⁶⁶ Circa l'indisponibilità dei diritti afferenti a interessi collettivi o di terzi, si veda Cass. Civ., sent. 6 luglio 2000, n. 9022, in *Dir. prat. soc.*, 2000, p. 77 s., in materia di arbitrabilità di liti societarie.

Alla luce di ciò, anche il ricorso a tale strumento non sarebbe da ritenersi, a parere di chi scrive, utilizzabile dal singolo consumatore, soprattutto quando mirante ad inibire una pratica commerciale ingannevole, ferma restando la previsione generale dell'art. 141 cod. cons. che prevede il tentativo di conciliazione, fra professionista e consumatore, dinnanzi alle Camere di Commercio.

In conclusione, pur con i limiti evidenziati, la segnalazione all'Autorità Garante appare la soluzione preferibile per il singolo consumatore.

Discorso diverso per le associazioni dei consumatori legittimate ad agire per tutelare i diritti dei consumatori e, indirettamente, il buon funzionamento del mercato⁴⁶⁷.

Nelle Direttiva sulle pratiche commerciali sleali, così come nelle Dir. 1999/44/CE e nella Dir. 2009/22/CE, viene espressamente riconosciuto il ruolo di dette organizzazioni, aventi un legittimo interesse secondo la legislazione nazionale, a contrastare le pratiche commerciali sleali. In particolare, a norma della Direttiva sulle pratiche commerciali sleali, esse devono disporre di mezzi di impugnazione dinanzi ad un organo giurisdizionale o ad un'autorità amministrativa

⁴⁶⁷ Come si è ricordato, in Italia le associazioni riconosciute sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, ai sensi dell'art. 140 del Codice del Consumo, così come a tutela dei diritti fondamentali dei consumatori a norma dell'art. 2 del Codice in parola. Sono altresì legittimate ad agire nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie disciplinate dal Codice stesso.

competente a decidere dei reclami o a promuovere un'adeguata azione giudiziaria contro tali pratiche.

Assume rilevanza, in tal senso, la Dir. 2009/22/CE, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, che ha istituito una procedura di ricorso giudiziario o amministrativo che consente alle organizzazioni di consumatori e/o alle amministrazioni pubbliche di chiedere un provvedimento inibitorio volto a porre fine a pratiche commerciali che violano una serie di Direttive UE sulla tutela dei consumatori, fra le quali la Direttiva sulle pratiche commerciali sleali.

In generale, si è detto di come la tutela collettiva, favorendo l'insorgere di controversie che se fossero affidate solamente all'iniziativa dei consumatori *uti singuli* non verrebbero ad esistere, tanto più alla luce dei dati sopra ricordati⁴⁶⁸, svolga una notevole funzione deterrente, ed al tempo stesso di controllo del mercato, rimessa, per quel che interessa la presente ricerca, in maniera alternativa o concorrente ai poteri di controllo affidati all'organismo indipendente, e finalizzata ad ottenere sanzioni o diffide.

In Italia le associazioni di consumatori possono quindi rivolgersi all'Autorità Garante per richiedere un provvedimento inibitorio contro le pratiche commerciali ingannevoli, incluse quelle relative alla presentazione dei prodotti agro-alimentari.

⁴⁶⁸ Ci si riferisce qui ai risultati delle due indagini di Eurobarometro riportati nel *Libro Verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori* e cit. alla nt. 146, p. 95.

L'art. 140 cod. cons. infatti stabilisce che queste possano agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, ed al secondo comma precisa che «possono attivare, prima del ricorso al giudice, la procedura di conciliazione dinanzi alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente per territorio, a norma dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580, nonché agli altri organismi di composizione extragiudiziale per la composizione delle controversie in materia di consumo a norma dell'articolo 141. La procedura è, in ogni caso, definita entro sessanta giorni». Appare quindi certo che possano ricorrere anche alla nuova mediazione.

In termini sostanziali, per ottenere un'azione inibitoria le associazioni dei consumatori si devono rivolgere all'ACGM mentre, per tentare una via conciliativa, appare preferibile il ricorso ad organismi di mediazione.

§ V.2 - Sull'istituto tedesco dell'*Abmahnung* e della annessa *strafbewehrte Unterlassungserklärung*

Dall'analisi effettuata, emerge che l'*Abmahnung* consiste in una diffida, ovvero un avvertimento, e appare assimilabile, seppur con le dovute differenze, a quanto previsto dalla Dir. 2009/22/CE, laddove, al fine di promuovere una risoluzione rapida e possibilmente stragiudiziale delle controversie, la Commissione al considerando n. 14 auspica che gli Stati

prevedano l'obbligo di consultazione preliminare del presunto trasgressore onde consentirgli di porre termine alla violazione contestata, mentre al considerando n. 15 viene suggerito «un termine massimo di due settimane successive al ricevimento della richiesta di consultazione, termine oltre il quale, ove non cessi la violazione, la parte richiedente ha il diritto di adire senza indugio l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa competente»⁴⁶⁹.

In linea generale quindi, la prassi di avvertire il professionista intimandogli di cessare una pratica commerciale ritenuta ingannevole è auspicata dal legislatore europeo, e prevista come requisito di procedibilità della domanda nel nostro ordinamento⁴⁷⁰.

Da questo punto di vista l'istituto dell'*Abmahnung* non sembra incontrare problemi di collocazione nel nostro ordinamento.

Si è visto inoltre come a questa diffida sia allegata generalmente la proposta di stipulare un contratto, che si è

⁴⁶⁹ In Germania, a dire il vero, il ricorso all'*Abmahnung*, come analizzato al § IV.1, configura un obbligo solo dal punto di vista dei costi di un eventuale processo. Si veda, in tal senso, *supra*, p. 182.

⁴⁷⁰ Tale obbligo, in Italia, è sancito dal quinto comma dell'art. 140 del Codice del Consumo, che prevede che la domanda giudiziale possa essere proposta «solo dopo che siano decorsi quindici giorni dalla data in cui le associazioni abbiano richiesto al soggetto da esse ritenuto responsabile, a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori».

definito di ‘sottomissione’, solitamente già redatto e non negoziabile⁴⁷¹.

Questo contratto è formato da una *Unterlassungserklärung*, ovvero una dichiarazione di astensione da una pratica commerciale scorretta, e prevede una clausola penale a favore del proponente, che può essere anche una delle associazioni dei consumatori riconosciute: nella sostanza si tratta di un accordo di natura negoziale fra le parti, come si è visto.

Questa fattispecie, nel nostro ordinamento, potrebbe essere riportata allo schema della transazione, *ex art.* 1965 ss. del Codice Civile.

La prevalente dottrina sottolinea il carattere dispositivo, ovvero costitutivo, della transazione, dato dalla costante attitudine a modificare la situazione giuridica interessata⁴⁷², che deriverebbe il proprio carattere dispositivo dalla reciproca rinuncia al potere di chiedere l'accertamento giudiziale delle situazioni giuridiche controverse⁴⁷³.

Nei casi che affronta la disciplina tedesca esaminata, si può ben ritenere di trovarsi davanti ad un conflitto di interessi

⁴⁷¹ Si rimanda qui a quanto detto sul punto alla nt. 296, p. 175.

⁴⁷² A.ZACCARIA, *Commento agli artt. 1965-1991 cod. civ.*, in *Commentario breve al Codice Civile*, a cura di G.Cian, in *Breviaria Iuris*, VIII ed., Padova, 2007, p. 2017.

⁴⁷³ A.M.PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, 2000, p. 65 s.

che potrebbe far insorgere una lite fra le parti, e queste, per evitarlo, si fanno reciproche concessioni⁴⁷⁴.

Da un lato l'associazione dei consumatori rinuncia ad adire la via giudiziale, almeno fino a quando il trasgressore non violerà l'accordo, ovvero porrà in essere nuovamente la pratica contestata, mentre dall'altro lato il trasgressore si impegna ad astenersi da una data condotta, e a pagare un importo a titolo di penale qualora risultasse inadempiente al contratto stipulato⁴⁷⁵.

La presenza di «reciproche concessioni», a norma dell'art. 1965 cod. civ., è uno degli elementi essenziali

⁴⁷⁴ La Suprema Corte ha avuto occasione di affermare che «affinché un negozio possa essere considerato transattivo è necessario, da un lato, che esso abbia che esso abbia ad oggetto una *'res dubia'*, e cioè cada sopra un rapporto giuridico avente, almeno nell'opinione delle parti, carattere d'incertezza, e, dall'altro lato, che, nell'intento di far cessare la situazione di dubbio venutasi a creare tra loro, i contraenti si facciano delle concessioni reciproche, nel senso che l'uno sacrifichi qualcuna delle sue pretese in favore dell'altro, indipendentemente da qualsiasi rapporto di equivalenza fra *'datum'* e *'retentum'*». Così Cass. Civ., sent. 22 febbraio 2000, n. 1980, in *Mass. Foro it.*, 2000; Cass. Civ., sent. 10 luglio 1985, n. 4106, *ivi*, 1985.

⁴⁷⁵ In Italia, in tema di transazione, la Suprema Corte ha dedotto che «la considerazione dei reciproci sacrifici e vantaggi derivanti dal contratto è rimessa all'autonomia negoziale del parti». Così Cass. Civ., sent. 22 aprile 1999, n. 3984, in *Mass. Foro it.*, 1999. In tema di clausole penali, F.GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2010, p. 816 s., nt. 6, sottolinea come «ogni altro rimedio compatibile con i principi di autonomia contrattuale sia applicabile, come la riduzione della penale eccessiva».

dell'istituto della transazione, in quanto attraverso tali concessioni si realizza il meccanismo del procedimento transattivo, che può portare a creare, modificare o estinguere anche rapporti giuridici diversi da quello che ha formato l'oggetto della pretesa o della contestazione fra le parti, nel qual caso si contrappone alla c.d. 'transazione semplice' e si definisce 'transazione novativa'⁴⁷⁶, il che giustifica la nascita di un rapporto obbligatorio nuovo fra le parti, come avviene peraltro anche a seguito dell'accettazione, da parte del professionista, della proposta fatta da un'associazione dei consumatori nell'ordinamento tedesco⁴⁷⁷.

Inoltre il procedimento transattivo, in materia di tutela dei consumatori, non appare estraneo nemmeno al nostro ordinamento, anche se risulta sempre posto in essere, come si è avuto modo di vedere, attraverso l'ausilio di un terzo⁴⁷⁸: si pensi, ad esempio, all'accordo in sede di conciliazione⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ F.SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, II ed., Napoli, 1986, p. 77 s.

⁴⁷⁷ Si è visto infatti come anche nell'ordinamento tedesco, attraverso l'istituto della novazione, mediante la dichiarazione di astensione venga ad esistenza un rapporto nuovo ed indipendente dal precedente. Si rimanda qui a quanto detto a tal proposito *supra*, § IV.7, p. 236.

⁴⁷⁸ A tal proposito si rimanda a G.DE CRISTOFARO, *I contratti*, cit., in *Riv. Dir. Alimentare*, n. 2, 2008, p. 40 s.

⁴⁷⁹ Sul rapporto fra conciliazione e transazione si veda A.ZACCARIA, *Commento agli artt. 1965-1991 cod. civ.*, cit., p. 2018 e p. 2021. Si veda anche C.MENICHINO, in *La mediazione*, cit., p. 8, che evidenzia come, una volta raggiunto l'accordo, questo assume la forma di una stipulazione contrattuale liberamente negoziata fra i contendenti con l'aiuto del conciliatore.

A tal proposito, si è avuto modo di ricordare come le condizioni alle quali le parti pongono termine alla controversia, sottoscritte alla presenza del conciliatore, sono recepite dalla scrittura privata allegata al verbale di conciliazione, che «individua le reciproche obbligazioni secondo uno schema negoziale nel quale confluiscono taluni elementi della transazione, del negozio di accertamento, del mandato a transigere, finanche dell'arbitrato irrituale»⁴⁸⁰.

Tornando agli elementi essenziali della transazione, perché questa si possa configurare è necessaria la presenza di una *res litigiosa*, e l'art. 322 cod. proc. civ., parlando di lite, ammetterebbe la transigibilità anche della lite stragiudiziale⁴⁸¹.

Un altro tratto comune alle due fattispecie è dato dalla possibilità, in entrambi gli ordinamenti, di porre in essere una transazione anche solo parziale, volta a porre fine almeno ad una parte della controversia⁴⁸².

Fra gli elementi comuni ai due istituti vi è poi da sottolineare come anche la transazione «non assorbe situazioni litigiose future»⁴⁸³.

⁴⁸⁰ Così C.VACCÀ, *La mediazione*, cit., p. 76.

⁴⁸¹ A.ZACCARIA, *Commento agli artt. 1965-1991 cod. civ.*, cit., p. 2017.

⁴⁸² In Italia, in tal senso, Cass. Civ., sent. 29 marzo 1985, n. 2207, in *Mass. Foro it.*, 1985. Per l'istituto tedesco si rimanda a quanto detto *supra*, § IV.7, p. 236 s.

⁴⁸³ Così A.ZACCARIA, *Commento agli artt. 1965-1991 cod. civ.*, cit., p. 2020, riprendendo Cass. Civ., sent. 23 maggio 1969, n. 1829, in *Giur. It.*, 1970, I, p. 91 s. Di questo tratto della normativa tedesca si è detto nel § IV.7, p. 236 s, cui si rimanda.

Un'ulteriore profilo di comunanza è rappresentato dall'impossibilità di apporre un termine finale all'atto. In Italia infatti questo non è ammesso per la transazione, che può avere un termine, come qualunque altro negozio giuridico, ma non finale⁴⁸⁴. In Germania, come visto, la *Unterlassungserklärung* deve invece avere un contenuto illimitato nel tempo.

Infine, in entrambi gli ordinamenti è prevista la forma scritta, anche se nel diritto tedesco *ad substantiam*⁴⁸⁵, e *ad probationem* in quello italiano, salvo che per i beni immobili.

Fra le differenze maggiori, per quanto attiene la natura di tale soluzione normativa, va osservato che in Germania la *Unterlassungserklärung* è considerata una dichiarazione unilaterale recettizia, mentre in Italia la transazione è un contratto a titolo oneroso e con prestazioni corrispettive, anche se vi è da dire come nel nostro ordinamento «la mancanza delle reciproche concessioni, implicante l'esclusione di un accordo transattivo, non esclude che possa, con tale atto, essersi costituito tra le parti un vincolo giuridico contrattuale di altra natura, ove vi sia il riconoscimento di un diritto in favore di uno dei contraenti»⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ F.SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 277 s.

⁴⁸⁵ Si veda l'art. 1967 cod. civ. in Italia. In Germania, configurando una promessa debitoria astratta, trova applicazione il § 780 BGB. Anche in questo caso si rimanda a quanto detto al capitolo IV.

⁴⁸⁶ Così Cass. Civ., sent. 29 marzo 1985, n. 2207, cit. In generale è quindi da ammettere la configurabilità di altri schemi negoziali di composizione della lite quali quello della dismissione pura e semplice della pretesa da parte dell'attore e l'accettazione della

Nell'ordinamento italiano inoltre, il contenuto della transazione non produce effetto nei confronti di terzi⁴⁸⁷, o almeno non nei termini previsti per la *Unterlassungserklärung* in Germania, laddove il rilascio di questa dichiarazione preclude un'ulteriore richiesta analoga da parte di un altro soggetto. La transazione può tutto al più essere stipulata con la forma del contratto aperto, e prevedere la successiva adesione di terzi, ma ciò non nel senso e con gli effetti giuridici propri dell'istituto tedesco.

Per quel che riguarda gli effetti dell'inadempimento, oltre a quelli legati alla clausola penale, nel sistema tedesco il proponente è nella condizione di richiedere un'ulteriore dichiarazione di astensione, con una penale ancora più elevata, oppure è nella condizione di agire giudizialmente, rientrando nella situazione giuridica preesistente all'accordo.

Analogamente, anche in Italia, la risoluzione per inadempimento restituisce il rapporto transatto nella situazione di partenza, con tutte le pretese inizialmente superate⁴⁸⁸.

In Germania, seppur nei limiti evidenziati, è riconosciuto il diritto alla ripetizione delle spese legali. Un simile risultato, nel nostro ordinamento, sarebbe tuttavia facilmente ottenibile

stessa pretesa da parte del convenuto. In tal senso anche A.ZACCARIA, *Commento agli artt. 1965-1991 cod. civ.*, cit., p. 2018; F.GALGANO, *Trattato*, cit., p. 817.

⁴⁸⁷ La transazione, al pari di ogni altro contratto, ha effetto solo fra le parti che la stipulano. Così A.ZACCARIA, *Commento agli artt. 1965-1991 cod. civ.*, cit., p. 2019, riprendendo a sua volta F.SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 300.

⁴⁸⁸ A.ZACCARIA, *Commento agli artt. 1965-1991 cod. civ.*, cit., p. 2030.

attraverso l'inserimento di una pattuizione in tal senso, configurante un'ulteriore concessione da parte del professionista nell'ambito della transazione.

Più problematico risolvere, nel diritto italiano, la questione relativa all'efficacia solo *inter partes* dell'accordo transattivo.

La regola generale di relatività degli effetti contrattuali infatti comporta che il negozio transattivo possa esplicare i propri effetti nei confronti dei terzi solo in via eccezionale secondo il principio *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* e quindi, esclusi i casi previsti dalla legge, l'efficacia della transazione è limitata alle parti *ex art. 1372*, secondo comma, cod. civ.⁴⁸⁹.

Sulla base di ciò, in mancanza di un'espressa previsione normativa che attribuisca il potere alle associazioni dei consumatori di stipulare accordi transattivi con effetti vincolanti *erga omnes*, vi è da ritenere che il ricorso alla soluzione adottata dall'ordinamento tedesco non sia pienamente ammissibile nel nostro ordinamento.

L'eventuale registrazione dell'accordo transattivo, in particolare ai fini della datazione certa, potrebbe in parte risolvere la questione ove si consideri che ciascuna associazione dei consumatori iscritta negli appositi elenchi tutela la totalità dei consumatori stessi.

In tal senso, appare verosimile ritenere che la semplice datazione certa di un accordo transattivo sia sufficiente a

⁴⁸⁹ Sul punto, *ex plurimis*, P.STANZIONE – B.TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011, p. 148.

garantire il trasgressore rispetto a successive richieste da parte di altre associazioni di consumatori.

Il trasgressore infatti potrebbe far valere l'accordo transattivo, recante data certa, per quelle violazioni poste in essere anteriormente alla stipula e, a seguito di un'eventuale contestazione da parte di altre associazioni di consumatori legittimate, informare queste ultime dell'avvenuta cessazione della pratica commerciale scorretta⁴⁹⁰, proprio come avviene nell'ordinamento tedesco successivamente al rilascio di una *Unterlassungserklärung*.

Ove una di queste associazioni dei consumatori ritenesse comunque di convenire in giudizio il trasgressore, costui potrebbe quindi opporre in sede giudiziale, ovvero prima dell'instaurazione di un giudizio ordinario, l'accordo già stipulato e contenente un impegno alla cessazione delle pratiche commerciali ritenute scorrette, ancorché rilasciato ad altra associazione, rimettendolo all'apprezzamento del giudice, e fermo restando il diritto del professionista ad attivare la procedura di conciliazione, così come previsto dal sesto comma dell'art. 140 cod. cons.

Viste le molte analogie, seppur con le dovute cautele, e con la consapevolezza che un confronto complessivo della

⁴⁹⁰ Una previa contestazione al trasgressore, volta alla cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori, come più volte richiamato, è espressamente prevista dall'art. 140, quinto comma, cod. cons., ed è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Quest'ultima infatti può essere promossa «solo dopo che siano decorsi quindici giorni dalla data in cui le associazioni abbiano richiesto [...] la cessazione del comportamento lesivo».

normativa *de qua* potrebbe da solo essere l'oggetto di una ricerca a ciò interamente dedicata, appare plausibile l'utilizzo dello schema transattivo per realizzare gli scopi perseguiti dalla normativa tedesca attraverso l'utilizzo dell'*Abmahnung* con annessa *strafbewehrte Unterlassungserklärung*, seppur con maggiori rischi per il trasgressore di incorrere in ulteriori controversie rispetto a quanto non avvenga in Germania.

La normativa tedesca risulta in linea con l'orientamento più volte espresso dalla Commissione in tema di risarcimento del danno e di mezzi di ricorso collettivo dei consumatori, caratterizzato da un susseguirsi di interventi in cui si è a più riprese sottolineata la crescente necessità di fornire ai consumatori, direttamente o indirettamente, maggiori strumenti e maggiori poteri al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato, incrementando la fiducia che questi hanno nei confronti del mercato stesso⁴⁹¹.

La possibilità offerta alle associazioni di consumatori nell'ordinamento tedesco appare in linea con quanto previsto dall'art. 7 della Dir. 2009/22/CE, di cui si è detto, e rubricato come «disposizioni relative a una più ampia legittimazione ad agire», laddove viene lasciata la possibilità agli Stati membri

⁴⁹¹ Questa necessità è ribadita in vari interventi, fra cui anche la Direttiva in esame, ove al considerando n. 6 si legge: «Queste stesse difficoltà sono tali da intaccare la fiducia dei consumatori nel mercato interno e possono limitare la portata dell'azione delle organizzazioni rappresentative degli interessi collettivi dei consumatori o degli organismi pubblici indipendenti preposti alla tutela degli interessi collettivi dei consumatori lesi da pratiche che violano il diritto comunitario».

di mantenere o introdurre normative che attribuiscono maggiori poteri agli enti legittimati, anche perché la tutela collettiva, favorendo l'insorgere di controversie che se fossero affidate solamente all'iniziativa dei consumatori *uti singuli* non verrebbero ad esistere, tanto più alla luce dei dati sopra ricordati⁴⁹², svolge una «notevole funzione deterrente, ed al tempo stesso di controllo del mercato».

⁴⁹² Ci si riferisce qui ai risultati delle due indagini di Eurobarometro riportati nel *Libro Verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori* e cit. alla nt. 146.

Università degli Studi di Verona

Facoltà di Scienze Giuridiche

Doktorarbeit im europäischen Privatrecht der
Vermögensbeziehungen in Zusammenarbeit mit der
Universität Regensburg

**Irreführende geografische
Herkunftsangaben und
außergerichtliche Streitbeilegung
zugunsten der Verbraucher**

Koordinator:

Prof. Dr.
Tommaso dalla Massara

Tutores:

Prof.em. Dr.Dr.h.c.mult.
Dieter Henrich

Prof. Dr.
Giovanni Meruzzi

Doktorand:

Giulio Ricciardi

2010/2013

Zusammenfassung

Gliederung

I. EINLEITUNG	263
II. URSPRUNGSLAND UND HERKUNFTSORT.....	264
III. LAUTERKEIT DER INFORMATION ÜBER LEBENSMITTEL ZUGUNSTEN DER VERBRAUCHER.....	266
IV. DIE AUßERGERICHTLICHE STREITBEILEGUNG ZUGUNSTEN DER VERBRAUCHER.....	273
V. DIE ABMAHNUNG.....	278
V.1. Überblick.....	278
V.2. Erforderlichkeit.....	284
V.3. Inhalt.....	287
V.4. Kosten.....	292
V.5. Unberechtigte Abmahnung.....	294
V.6. Abschlußschreiben.....	296
V.7. Schutzschrift.....	298
VI. Unterlassungserklärung und „ <i>Transazione</i> “	301
VII. FAZIT.....	308

I. Einleitung

Die vorliegende Studie gründet auf dem Interesse, zu veranschaulichen, wie Informationen über die Herkunft der Agrar- und Ernährungsprodukte, die täglich von einem Großteil der Bevölkerung gekauft werden, zu lesen sind.

Daneben war notwendig zu veranschaulichen, wie der Durchschnittsverbraucher in Gegenwart von unlauteren Geschäftspraktiken in Bezug auf die Herkunft eines Lebensmittels handeln soll.

Anders gesagt, welche Handlungsmöglichkeiten hat ein Verbraucher, wenn ihm ein angeblich italienischer Mozzarella präsentiert wird, der aber tatsächlich in Deutschland hergestellt war.

Da die durchschnittliche Dauer eines Zivilverfahrens in Italien fast acht Jahre beträgt, und man alleine für die erste Entscheidung des Gerichtshofs im Jahr 2010 durchschnittlich 564 Tage ⁴⁹³ benötigte, auf die Suche nach eine außergerichtliche Beilegungsmittel der Streit zu gehen, hat die bevorzugte Wahl dargestellt.

⁴⁹³ OECD (2013), What makes civil justice effective?, in OECD Economics Department Policy Notes, No. 18 June 2013, S. 2.

II. Ursprungsland und Herkunftsort

Zunächst war wesentlich verstehen, was was unter den Begriffen “Ursprung” und “Herkunft” genau zu verstehen ist, weil die zwei Wörter oft in Vergangenheit als synonym verwendet wurden.

Schließlich hat der europäische Gesetzgeber im Jahr 2011 mit der EU-InformationsVO eine eindeutige Definition geliefert, und indem er die beiden Begriffe mit zwei weiteren Worten kombiniert: auf einer Seite mit dem Ausdruck „Ursprungsland“ und auf der andere mit dem Wort „Herkunftsort“.

Die Definition bestimmt als «„Herkunftsort“ den Ort, aus dem ein Lebensmittel laut Angabe kommt und der nicht sein „Ursprungsland“ im Sinne der Artikel 23 bis 26 der Verordnung (EWG) Nr. 2913/92 ist»⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ Art. 2, Abs. 2, lit. g) der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1924/2006 und (EG) Nr. 1925/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 87/250/EWG der Kommission, der Richtlinie 90/496/EWG des Rates, der Richtlinie 1999/10/EG der Kommission, der Richtlinie 2000/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinien 2002/67/EG und 2008/5/EG der Kommission und der Verordnung (EG) Nr. 608/2004 der Kommission Verordnung (EG) Nr. 608/2004 der Kommission, im ABl. L 304 vom 22.11.2011, S. 18. Der Artikel bestimmt noch, dass «der Name, die Firma oder die Anschrift des Lebensmittelunternehmens auf dem

Der ehemalige „Zollkodex der Gemeinschaften“ aus dem Jahr 1992 ist jetzt durch die Verordnung (EG) Nr. 450/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaft (Modernisierter Zollkodex) ersetzt worden⁴⁹⁵ und die Definition für den Ursprungserwerb ist jetzt in Art. 36 vorgesehen.

In dem ersten Absatz ist vorgesehen, dass «Waren, die in einem einzigen Land oder Gebiet vollständig gewonnen oder hergestellt worden sind, [...] als Ursprungswaren dieses Landes oder Gebiets» gelten, während der zweite Absatz sicher stellt, dass «Waren, an deren Herstellung mehr als ein Land oder Gebiet beteiligt war, [...] als Ursprungswaren des Landes oder Gebiets, in dem sie der letzten wesentlichen Be- oder Verarbeitung unterzogen wurden» gelten⁴⁹⁶.

Etikett [...] nicht als Angabe des Ursprungslands oder Herkunftsorts von Lebensmitteln im Sinne dieser Verordnung» gilt.

⁴⁹⁵ ABl. L 145 vom 04.06.2008, S. 1.

⁴⁹⁶ Sehr interessant ist die Entscheidung des italienisches Bundesgerichts über Obstsalat unter Schutzgas verpackt: wenn die Gemüseprodukte nicht verkauft werden, wie sie gesammelt worden sind, dann gelten sie als Ursprungswaren des Landes oder Gebiets, in dem sie der letzten wesentlichen Be- oder Verarbeitung unterzogen wurden nach art. 36, Abs. 2, des Modernisierter Zollkodex. Cass. Pen., sez. III, 12 luglio 2007, n. 27250, in Guida al Diritto, 2007, Nr. 38, S. 83.

III. Lauterkeit der Information über Lebensmittel zugunsten der Verbraucher

Die Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 die Information der Verbraucher über Lebensmittel betreffend setzt allgemeine Anforderungen an die Information über Lebensmittel und Pflichten der Lebensmittelunternehmer voraus.

Insbesondere Art. 6 der Verordnung weist darauf hin, d.h. «jedem Lebensmittel, das für die Lieferung an Endverbraucher oder Anbieter von Gemeinschaftsverpflegung bestimmt ist, sind Informationen nach Maßgabe dieser Verordnung beizufügen».

Daneben muss man hervorheben, wie der Art. 26, Abs. 2, lit. a) fest stellt, dass «die Angabe des Ursprungslands oder des Herkunftsorts verpflichtend sind falls ohne diese Angabe eine Irreführung der Verbraucher über das tatsächliche Ursprungsland oder den tatsächlichen Herkunftsort des Lebensmittels möglich wäre, insbesondere wenn die dem Lebensmittel beigefügten Informationen oder das Etikett insgesamt sonst den Eindruck erwecken würden, das Lebensmittel komme aus einem anderen Ursprungsland oder Herkunftsort».

Allgemein wurde gesagt, wie die Verordnung die sogenannte Lauterkeit der Informationspraxis sieht und voraussetzt, dass die Informationen über Lebensmittel nicht irreführend sein dürfen, vor allem «in Bezug auf die

Eigenschaften des Lebensmittels, insbesondere in Bezug auf [...] Ursprungsland oder Herkunftsort»⁴⁹⁷.

In Gegenwart eines solchen wettbewerblichen Verstoßes wäre es möglich, die Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, anzuwenden⁴⁹⁸.

Die unlauteren Geschäftspraktiken können, gemäß Art. 3, Abs. 1 der Richtlinie 2005/29/EG «vor, während und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäfts» stattfinden.

Wie in der Doktorarbeit hervorgehoben wird, bietet die Richtlinie 2005/29/EG Streitbeilegungsmittel die auch vorbeugend sind, während die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter⁴⁹⁹ setzt nur Hilfsmittel voraus, die mit der Vertragswidrigkeit immer verbunden sein müssen.

Deswegen ist die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken besser geeignet, diese irreführende Geschäftspraxis über geografische Angaben mit wirksamen Mitteln zu bekämpfen.

Die Richtlinie 1999/44/EG hat dem Verbraucher Gestaltungsrechte anerkannt, und bietet, kurz gesagt, nur einen Schutz nach dem Einkauf. Und es kann in diesem Moment sehr

⁴⁹⁷ So Art. 7, Abs. 2, lit. a) der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011.

⁴⁹⁸ ABl. L 149 vom 11.06.2005, S. 22.

⁴⁹⁹ ABl. L 171 vom 07.07.1999, S. 12.

wohl eine wirksame Hilfsmittel für den Verbrauchern sein, auch wenn für einige Produkte, wie den Mozzarella des einführenden Beispiels, viele Schwierigkeiten bestehen würden, vor allem der Gefahrenübergang.

Außerdem ist die Richtlinie 1999/44/EG nicht besonders nützlich, wenn man es als Bekämpfungsmittel berücksichtigt, da die unlauteren Geschäftspraktiken ohne Zweifel ein Gefährdungsverbot dar stellen. Das erscheint deutlich, wenn man an den Art. 6, Abs. 1 der Richtlinie 2005/29/EG denkt, wobei dort zu lesen ist, dass «eine Geschäftspraxis [...] als irreführend [gilt], [...] wenn sie in irgendeiner Weise, einschließlich sämtlicher Umstände ihrer Präsentation, selbst mit sachlich richtigen Angaben den Durchschnittsverbraucher [...] täuscht oder ihn zu täuschen geeignet ist und ihn in jedem Fall tatsächlich oder voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er ansonsten nicht getroffen hätte».

Insbesondere, gemäß Art. 6 der Richtlinie 2005/29/EG, gilt eine Geschäftspraxis als irreführend, wenn sie falsche Angaben enthält in Bezug auf «geografische oder kommerzielle Herkunft».

Daher kann man behaupten, dass gemäß der Richtlinie 2005/29/EG eine Geschäftspraxis irreführend ist, sogar wenn die gegebene Angaben richtig sind, aber in irgendeiner Weise geeignet sind, den Durchschnittsverbraucher durch diese Bezeichnung zu einer falschen Annahme verleitet wird⁵⁰⁰.

⁵⁰⁰ Obwohl früher als das Inkrafttreten der Richtlinie 2005/29/EG, siehe EuGH 13.01.2000, Rs. C—220/98, Slg. 2000, I—117 Rn.25 ff.,

Der Anhang I der Richtlinie 2005/29/EG setzt die Geschäftspraktiken voraus, die unter allen Umständen als unlauter gelten. Insbesondere der Nr. 2 des Anhangs untersagt «die Verwendung von Gütezeichen, Qualitätskennzeichen oder Ähnlichem ohne die erforderliche Genehmigung» als irreführende Geschäftspraktiken.

Deswegen hat ein maßgebender Autor beobachtet, dass zwischen diesen Gütezeichen und Qualitätskennzeichen auch geschützte Bezeichnungen zur Aufwertung von

(Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG gegen Lancaster Group GmbH), über den Vertrieb eines kosmetischen Mittels mit der Bezeichnung „Lifting“. Insbesondere untersagt es «die Einfuhr und den Vertrieb eines kosmetischen Mittels [...], dessen Bezeichnung das Wort „Lifting“ enthält, wenn unter den Umständen des Einzelfalls ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher durch diese Bezeichnung zu der irrigen Annahme verleitet wird, die Bezeichnung schreibe diesem Mittel bestimmte Merkmale zu, die es in Wirklichkeit jedoch nicht besitzt». In Deutschland, KG Berlin, 21.05.2010 - 5 U 103/08, über Irreführung durch die Bezeichnung von Papier als „recycled“. Das KG hat entschieden, dass eine Werbung für Papier mit der Bezeichnung „100% recycled“ irreführend ist, wenn das Papier zum Teil aus Fabrikationsresten gefertigt wurde. Die Entscheidung lautet «1. Die werbende Bezeichnung von Papier, zu dessen Herstellung auch Fabrikationsreste verwendet werden, die bei der Produktion von Frischfaserpapier anfallen, als „100% recycled“, „premium recycled“, „The whitest recycled office paper“, „premium recycled office paper“ oder „Neudefinition von Recycling-Papier“ ist irreführend. 2. Dies gilt auch dann, wenn unter der Überschrift „Advanced Formula“ ergänzend angegeben wird: 50% recycled fibre, 50% paper production waste».

Agrarerzeugnissen oder Lebensmitteln mit bestimmbar besonderen Merkmalen dazugehören können, und insbesondere solchen, die eine Verbindung zu ihrem geografischen Ursprung aufweisen⁵⁰¹.

Auf diesem Grund kann man behaupten, dass die Verwendung von Ursprungsbezeichnungen und geografischen Angaben ohne die erforderliche Genehmigung als irreführende Geschäftspraxis im Sinne der Richtlinie 2005/29/EG gilt⁵⁰².

⁵⁰¹ R.CALVO, *Le pratiche commerciali "ingannevoli"*, S. 232, m. N. 161.

In Deutschland setzt § 11, Abs. 1, lit. a) LFGB unten „Vorschriften zum Schutz vor Täuschung“ voraus, dass es verboten ist, «Lebensmittel unter irreführender Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung in den Verkehr zu bringen oder für Lebensmittel allgemein oder im Einzelfall mit irreführenden Darstellungen oder sonstigen Aussagen zu werben. Eine Irreführung liegt insbesondere dann vor, wenn [...] bei einem Lebensmittel zur Täuschung geeignete Bezeichnungen, Angaben, Aufmachungen, Darstellungen oder sonstige Aussagen über Eigenschaften, insbesondere über Art, Beschaffenheit, Zusammensetzung, Menge, Haltbarkeit, Ursprung, Herkunft oder Art der Herstellung oder Gewinnung verwendet werden».

⁵⁰² In Deutschland setzt § 126 MarkenG in diesem Sinne voraus: «Geographische Herkunftsangaben im Sinne dieses Gesetzes sind die Namen von Orten, Gegenden, Gebieten oder Ländern sowie sonstige Angaben oder Zeichen, die im geschäftlichen Verkehr zur Kennzeichnung der geographischen Herkunft von Waren oder Dienstleistungen benutzt werden».

Dem Schutz als geographische Herkunftsangaben sind solche Namen, Angaben oder Zeichen im Sinne des Absatzes 1 nicht zugänglich, bei denen es sich um Gattungsbezeichnungen handelt. Als

Er wurde dazu durch die Erwägung 10 von der o.g. Richtlinie bestimmt, dass es sichergestellt werden muss, dass «diese Richtlinie insbesondere in Fällen, in denen Einzelvorschriften über unlautere Geschäftspraktiken in speziellen Sektoren anwendbar sind auf das geltende Gemeinschaftsrecht abgestimmt ist. [...] Diese Richtlinie gilt dementsprechend nur insoweit, als keine spezifischen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts vorliegen, die spezielle Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, wie etwa Informationsanforderungen oder Regeln darüber, wie dem Verbraucher Informationen zu vermitteln sind. Sie bietet den Verbrauchern in den Fällen Schutz, in denen es keine spezifischen sektoralen Vorschriften auf Gemeinschaftsebene gibt, und untersagt es Gewerbetreibenden, eine Fehlvorstellung von der Art ihrer Produkte zu wecken».

Daher kann man behaupten, dass gemäß der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken die Vorschriften über die Information der Verbraucher über Lebensmittel der o.g. Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 anzuwenden sind.

Es ist dann die Verordnung (EU) Nr. 1151/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November

Gattungsbezeichnungen sind solche Bezeichnungen anzusehen, die zwar eine Angabe über die geographische Herkunft im Sinne des Absatzes 1 enthalten oder von einer solchen Angabe abgeleitet sind, die jedoch ihre ursprüngliche Bedeutung verloren haben und als Namen von Waren oder Dienstleistungen oder als Bezeichnungen oder Angaben der Art, der Beschaffenheit, der Sorte oder sonstiger Eigenschaften oder Merkmale von Waren oder Dienstleistungen dienen».

2012 über Qualitätsregelungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel untersucht worden⁵⁰³.

Die Hauptziele der o.g. Verordnung sind die Integrität des Binnenmarktes, und daneben die Erzeuger von Agrarerzeugnissen und Lebensmitteln zu unterstützen, sowie Käufer und Verbraucher über die Produkteigenschaften und Bewirtschaftungsmerkmale dieser Erzeugnisse und Lebensmittel zu unterrichten.

Zwar sieht man schon auf den ersten Blick, wie aus den Erwägungen der Verordnung (EU) Nr. 1151/2012 erscheint, dass auch den Bürgern und den Verbrauchern, und insbesondere «die Verfügbarkeit zuverlässiger Informationen über diese Erzeugnisse für die Verbraucher» gemäß Art. 4 zu gewährleisten sind⁵⁰⁴.

Die Verordnung über Qualitätsregelungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel setzt dann in Art. 13, Abs. 3 voraus, dass die Mitgliedstaaten die angemessenen administrativen und rechtlichen Schritte unternehmen müssen, «um die widerrechtliche Verwendung von geschützten

⁵⁰³ ABl. L 343 vom 14.12.2012, S. 1.

⁵⁰⁴ Die Erwägung 2 der Verordnung lautet «die Bürger und die Verbraucher in der Union verlangen zunehmend Erzeugnisse von Qualität sowie traditionelle Erzeugnisse. Außerdem ist es ihnen ein Anliegen, die Vielfalt der landwirtschaftlichen Erzeugung in der Union zu erhalten. Dadurch entsteht eine Nachfrage nach Agrarerzeugnissen oder Lebensmitteln mit bestimmbarer besonderen Merkmalen, insbesondere solchen, die eine Verbindung zu ihrem geografischen Ursprung aufweisen».

Ursprungsbezeichnungen und geschützten geografischen Angaben gemäß Absatz 1 für Erzeugnisse zu vermeiden oder zu beenden, die in dem jeweiligen Mitgliedstaat erzeugt oder vermarktet werden». Danach ist auch vorgesehen, dass hierzu die Mitgliedstaaten die Behörden benennen müssen, «die dafür zuständig sind, dass diese Schritte im Einklang mit von den einzelnen Mitgliedstaaten festgelegten Verfahren unternommen werden».

In Italien hat die *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, s.g. „AGCM“, diese Zuständigkeit übernommen⁵⁰⁵.

IV. Die außergerichtliche Streitbeilegung zugunsten der Verbraucher

In Italien besteht weder die Möglichkeit einen Wettbewerbsverstoß schnell und kostengünstig abzustellen, noch ist gesetzlich vorgesehen, einen Rechtsstreit zwischen den Parteien außergerichtlich abzuklären.

In der Praxis verfügt nur ein Dritter über die Macht, einen Rechtsstreit entweder gerichtlich oder außergerichtlich zu entscheiden.

Maßgebend bei der Entscheidungsfindung, kann der von der AGCM⁵⁰⁶, von einem Schiedsrichter oder von einem Gerichtshof getroffene Rechtsspruch sein.

⁵⁰⁵ Die AGCM war in Italien mit dem L. 10.10.1990, Nr. 287 eingesetzt.

Wenn keine Beilegung der Wettbewerbsstreitigkeit stattfindet, ist keine der beiden Parteien an eventuelle vorher getroffene Verpflichtungen bzw. Verhandlungen gebunden.

Der günstigste Weg zu einer Beilegung im Wettbewerbsbereich ist, an der AGCM eine Klage bzw. eine Beschwerde, einzureichen.

Die Autorità ist eine unabhängige Behörde, die primär für nachfolgend aufgelistete Ressorts zuständig ist: a) In der vertraglichen oder faktischen Einschränkung der Handlungsfreiheit im Wettbewerb; b) Bei Missbräuchen seitens marktbeherrschenden Firmen, die einen freien Wettbewerb verhindern; c) Bei irreführender bzw. vergleichender Werbung im Interesse der Verbraucher und der Mitbewerber.

Vor 1996 war die AGCM nur für die Anwendung des italienischen Wettbewerbsrechts, nicht aber für die des Wettbewerbsrechts der Europäischen Gemeinschaft zuständig.

Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes Nr. 52 vom 6. Februar 1996 ist sie jedoch auch dafür zuständig, die Art. 81 Abs. 1 EG und Art. 82 EG anzuwenden⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ Die Abkürzung steht für „Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato“, d.h. die Aufsichtsbehörde für Wettbewerb und Markt. Damals ist es auch mit dem Wort „Antitrust“ bezeichnet.

⁵⁰⁷ EuGH 13.01.2000, Rs. C—220/98, Slg. 2003, I—8055 (CIF) = EuZW 2003, 728.

Der einzelne Verbraucher, sowie jeder berechnigte Verbraucherverein⁵⁰⁸, kann gemäß Art. 27 cod. cons.⁵⁰⁹ an der AGCM eine Klage bzw. eine Beschwerde, einzureichen⁵¹⁰.

Gemäß Art. 27 cod. cons. kann die Autorità *ex officio* oder nach einer Anzeige vorgehen, und in Gegenwart von unlauteren Geschäftspraktiken ist berechnigt, die Unterlassung zum Schutz der Verbraucherinteressen anzuordnen.

⁵⁰⁸ Dem entsprechend die qualifizierten Einrichtungen, die nachweisen, dass sie in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach Art. 137 cod. cons. eingetragen sind.

⁵⁰⁹ D.Lgs. 06.09.2005, Nr. 206, in *Suppl. ord. G.U.* vom 08.10.2005, Nr. 235, verändert mit D.Lgs. 23.10.2007, Nr. 221. Es ist auch als „Codice del Consumo“ bezeichnet. Der o.g. Art. 27 hat den Art. 11 der Richtlinie 2005/29/EG aufgenommen, der vorgesehen hat, dass die Mitgliedstaaten im Interesse der Verbraucher sicherstellen, «dass geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken vorhanden sind, um die Einhaltung dieser Richtlinie durchzusetzen. Diese Mittel umfassen Rechtsvorschriften, die es Personen oder Organisationen, die nach dem nationalen Recht ein berechtigtes Interesse an der Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken haben, einschließlich Mitbewerbern, gestatten, a) gerichtlich gegen solche unlauteren Geschäftspraktiken vorzugehen und/oder b) gegen solche unlauteren Geschäftspraktiken ein Verfahren bei einer Verwaltungsbehörde einzuleiten, die für die Entscheidung über Beschwerden oder für die Einleitung eines geeigneten gerichtlichen Verfahrens zuständig ist».

⁵¹⁰ Gemäß Art. 1 der AGCM-Verordnung vom 08.08.2012, Nr. 23788, in *G.U.* Nr. 200 vom 28.08.2012, S. 36, ist jedes Subjekt oder Einrichtung berechnigt, die Intervention der AGCM zu beantragen.

Die Öffnung der Voruntersuchung kann bis 180 Tage nach der Anzeige beginnen, und anschließend kann das Verfahren noch bis 120 weitere Tage dauern⁵¹¹.

Auf diesem Grund wird deutlich, dass die Anwendung an der Autorità nicht immer geeignet ist, einen Wettbewerbsverstoß schnell und effektiv zu ahnden.

Jedoch ist die AGCM auch berechtigt, eine einstweilige Unterlassungsverfügung zu erlassen⁵¹², wenn es notwendig erscheint, sowie Sanktionen für Verstöße gegen die Richtlinie 2005/29/EG festzulegen und für deren Durchsetzung zu sorgen⁵¹³.

In Italien besteht noch die Möglichkeit, einen Streit durch die s.g. „*Mediazione*“ außergerichtlich zu schlichten⁵¹⁴.

Grundsätzlich ist es ein strukturiertes freiwilliges Verfahren zur konstruktiven Beilegung eines Konfliktes.

⁵¹¹ Gemäß Art. 5 der AGCM-Verordnung. Es ist auch ein Online-Formular vorhanden, mit dem jeder einen Antrag vorlegen kann.

⁵¹² Gemäß Art. 27 cod. cons.

⁵¹³ Die Erwägung 22 der Richtlinie 2005/29/EG hat vorgesehen, hat die Notwendigkeit vorgesehen, «dass die Mitgliedstaaten Sanktionen für Verstöße gegen diese Richtlinie festlegen und für deren Durchsetzung sorgen. Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein». In diesem Sinne können die Sanktionen für den Wettbewerbsverstoß, die nach dem 15. August 2012 angefangen sind, eine Strafe in Höhe von 5 Millionen Euro enthalten. Vorher war die maximale Höhe der Strafe bis zu 500.000 Euro festgelegt.

⁵¹⁴ D.Lgs. 04.03.2010, Nr. 28, in *G.U.* vom 05.03.2010, Nr. 53, zuletzt geändert durch die L. 09.08.2013, Nr. 98, in *G.U.* vom 20.08.2013, Nr. 98.

Gemäß Art. 2 des D.Lgs. Nr. 28/2010, ist jeder berechtigt, Zivil- und Wettbewerbsstreitigkeiten über verfügbare Rechte außergerichtlich durch die „*Mediazione*“ zu erledigen.

Es ist jedoch umstritten, dass das Informationsrecht für Verbraucher für den einzelnen Verbraucher nicht direkt zur Verfügung steht.

Anders ist es für die Verbrauchervereine, die gemäß Art. 140 cod. cons.⁵¹⁵ berechtigt sind, die Interessen von Verbrauchern zu schützen.

Deswegen kann man zu dem Entschluss kommen, dass für den einzelnen Verbraucher in Gegenwart von unlauteren Geschäftspraktiken in Bezug auf die Herkunft eines Lebensmittels nur eine Anzeige an der AGCM vorgesehen ist, während die Verbrauchervereine berechtigt sind, sich entweder an die AGCM zu wenden, um eine Unterlassung zum Schutz der Verbraucherinteressen zu erlangen, oder die Wettbewerbsstreitigkeit außergerichtlich durch die „*Mediazione*“ beizulegen.

⁵¹⁵ Die Legitimation der Verbraucherverein ist auch in die Richtlinien 2005/29/EG und 1999/44/EG vorgesehen, sowie Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. L 110 vom 01.05.2009, S. 30, zuletzt geändert durch Art. 20 ÄndVO (EU) 524/2013 vom 21.05.2013 (ABl. L 165 vom S. 1).

V. Die Abmahnung

V.1. Überblick

Die Abmahnung oder Verwarnung⁵¹⁶ ist ein Mittel zur außergerichtlichen Streitbeilegung in Wettbewerbsachen, das sich in der Praxis ungefähr seit den sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts entwickelt hat⁵¹⁷. Obwohl am Anfang nirgends im Gesetz vorgesehen, die Abmahnung hatte sich zu einem selbstverständlichen Bestandteil des Wettbewerbsrechts entwickelt und nach Schätzungen waren dadurch und durch die anschließende Unterlassungserklärung etwa 90% aller Wettbewerbsstreitigkeiten außergerichtlich erledigt⁵¹⁸. Heutzutage, nachdem dieses Rechtsinstitut für das erste Mal ausdrücklich vorgesehen wurde und im Jahr 2004 durch den § 12, Abs. 1, UWG, dürfte der größte Teil der Wettbewerbsverstöße damit erledigt werden⁵¹⁹.

Das besagt allerdings keineswegs, dass damit die Auseinandersetzungen als solche auch endgültig beigelegt werden. Im Gegenteil sind Abmahnung und Unterwerfung ihrerseits wieder Gegenstand unzähliger Streitfragen

⁵¹⁶ O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, 9. Aufl., Kap. 41, Rdn. 1 m. N.

⁵¹⁷ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 1.

⁵¹⁸ O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, 9. Aufl., Kap. 41, Rdn. 3; B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1036.

⁵¹⁹ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 1.

geworden⁵²⁰, die in den meisten Fällen mit letztinstanzlichen Entscheidungen der Oberlandgerichtshof eine Lösung finden.

Die zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs nach § 8 Abs. 3 Nr. I bis 4 UWG Berechtigten „sollen“ danach den Schuldner vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens abmahnen und ihm Gelegenheit geben, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen der Vorschrift fügt hinzu, dass der Abmahnende Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann, soweit die Abmahnung berechtigt ist.

Die Abmahnung, wie gerade gesehen, ist keine notwendige Vorstufe zum Prozess⁵²¹, anders gesagt, es ist keine Rechtspflicht, sonder eine Obliegenheit, wie sich aus dem Wortlaut der Bestimmung „sollen“ ergibt.

Auf die Abmahnung zu verzichten bedeutet nicht das Rechtsschutzinteresse zu verlieren⁵²². Darauf zu verzichten hat allerdings Kostennachteile, deshalb wird diese oft benutzt, weil es für die Gläubiger zu teuer oder zu lästig ist, ein gesetzliches Verfahren einzuleiten.

Erkennt der Schuldner den Anspruch des Gläubigers sofort an, muss der Gläubiger die Kosten des Verfahrens tragen, wenn er zuerst keine außergerichtliche Lösung gesucht hat.

⁵²⁰ D.KEHL, *Wettbewerbsrecht*, § 32, Rdn. 1.

⁵²¹ O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, 9. Aufl., Kap. 41, Rdn. 1

⁵²² Allg. Meinung, vgl. W.GLOY in *Handbuch*, § 63, Rdn. 3 m. N.

Da es sich nur um eine Obliegenheit handelt und die Abmahnung auch keine zugangsbedürftige Willenserklärung darstellt, die unmittelbare Rechtswirkungen werden gültig auch wenn die Abmahnung nicht dem Abgemahnten zugegangen ist, da, gemäß § 93 ZPO⁵²³, ist entscheidend, ob der Verletzte aus seiner Sicht alles Erforderliche zur außergerichtlichen Beilegung des Rechtsstreits getan hat⁵²⁴.

Die Abmahnung ist als Vorteil für beide Parteien gedacht: auf einer Seite kann der Verletzte auf diese Weise einen Wettbewerbsverstoß schnell und effektiv abstellen, erhält aber zumindest Aufschluss über die tatsächlichen Umstände und kann daraufhin sein weiteres Verhalten einstellen. Es besteht keine Gefahr bei einem sofortigen Anerkenntnis in einem etwaigen Prozess gem. § 93 ZPO mit den Kosten belastet zu werden⁵²⁵; Auf der anderen Seite: der Schuldner, der häufig in Unkenntnis oder bloßer Unachtsamkeit gehandelt hat, wird informiert und hat somit die Möglichkeit, den Verstoß schnell und vergleichsweise preisgünstig abstellen zu können.

⁵²³ Kosten bei sofortigem Anerkenntnis: Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozesskosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.

⁵²⁴ W.GLOY in *Handbuch*, § 63, Rdn. 30 m. w. N.

⁵²⁵ Ständ. Rechtspr. BGH GRUR 1990, 381, 382 – Antwortpflicht des Abgemahnten; O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, 9. Aufl., Kap. 41, Rdn. 2; B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1036; J.BORNKAMM, *Abmahnung*, Hefermehl/Bornkamm, § 12 UWG, Rdn. 1.7.; D.KEHL, *Wettbewerbsrecht*, § 32, Rdn. 2.

Unter Abmahnung versteht man die Mitteilung, nach § 8 Abs. 3 UWG, an einen Verletzter, der so genannte Täter oder Schuldner, dass er sich durch eine genau bezeichnete Handlung wettbewerbswidrig verhalten habe, verbunden mit der Aufforderung, dieses Verhalten in Zukunft zu unterlassen und binnen einer bestimmten Frist eine strafbewehrte Unterwerfungserklärung abzugeben⁵²⁶.

Kommt der Abgemahnte dieser Aufforderung nach, so hat sich der Streit außergerichtlich erledigt, da der abmahnende Teil jetzt durch die Unterwerfungserklärung des Schuldners wirksam gegen eine Wiederholung des fraglichen Wettbewerbsverstoßes geschützt ist. Denn im Falle der Wiederholung der Handlung kann der Abmahnende dann allein aufgrund des mit dem Schuldner abgeschlossenen Vertrages eine häufig recht hohe Vertragsstrafe von dem Schuldner verlangen.

Kommt der Schuldner dagegen der Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung binnen der vom abmahnenden Teil gesetzten, angemessenen Frist nicht nach, so kann der Gläubiger nunmehr den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragen oder eine Klage erheben, ohne befürchten zu müssen, im Falle eines sofortigen Anerkenntnisses des Schuldners, die Kosten nach § 93 ZPO tragen zu müssen⁵²⁷. Daraus wird allgemein abgeleitet, dass vor

⁵²⁶ So die Begr., BT-Drs. 15/1487, S. 25.

⁵²⁷ D.KEHL, *Wettbewerbsrecht*, § 25, Rdn. 2.

der Einleitung eines Wettbewerbsprozesses grundsätzlich abzumahnen ist⁵²⁸.

Die rechtliche Qualifikation der Abmahnung, oder anders gesagt seine Rechtsnatur⁵²⁹, ist streitig. Nach überwiegender Meinung besitzt die Abmahnung eine Doppelnatur. Neben der kostenrechtlichen Obliegenheit des Gläubigers stellt die Abmahnung zum einen eine Warnung und Aufforderung zur außergerichtlichen Streitbeilegung dar; insoweit ist sie kein Rechtsgeschäft. Zum anderen aber ist die Abmahnung das Angebot des Gläubigers an den Schuldner zum Abschluss eines Unterlassungsvertrages oder jedenfalls doch das Verlangen, der Schuldner solle ein solches Angebot seinerseits abgeben⁵³⁰.

Neben den Kosten hat die Abmahnung von Fall zu Fall auch materiell rechtliche Konsequenzen, selbst wenn dieser die andere Partei nicht fristgemäß nachkommt.

Das wichtigste ist, dass die Abmahnung im Falle einer Wiederholung des gerügten Wettbewerbsverstoßes die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch gegen den

⁵²⁸ O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, 9. Aufl., Kap. 41, Rdn. 1.

⁵²⁹ S. J.FRITZSCHE, *Unterlassungsanspruch*, S. 297 ff.; O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, 9. Aufl., Kap. 41, Rdn. 9 ff. (S. 545 ff.), V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 11.

⁵³⁰ Dazu im einzelnen O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, 9. Aufl., Kap. 41 Rdn. 5; J.BORNKAMM, *Abmahnung*, Hefermehl/Bornkamm, § 12 UWG, Rdn. 1.10; V.DEUTSCH, *Der Wettbewerbsprozess*, in Ahrens, Kap. 1 Rdn. 31; V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 11, B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1038.

Verletzter schafft, da dieser sich jetzt nicht mehr auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum berufen kann. In vielen Fällen begründet eine erfolglose Abmahnung erst die Wiederholungsgefahr für einen nachfolgenden Unterlassungsanspruch, weil häufig, insbesondere bei einmaligen, gelegentlichen Verstößen gegen die Wettbewerbsgesetze, eine Wiederholungsgefahr nur angenommen werden kann, wenn der Verletzter das Verlangen des anderen Teils abgelehnt hatte, und sich für die Zukunft zur Unterlassung solcher Handlungen zu verpflichten⁵³¹.

Durch die Abmahnung wird nach Meinung des BGH ferner das allgemeine Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien so weit konkretisiert, dass zwischen ihnen ein neues (gesetzliches) Schuldverhältnis entsteht, aus dem sich zusätzliche Pflichten für den Abgemahnten ergeben können⁵³². Hervorzuheben sind seine Pflicht, binnen angemessener Frist auf die berechtigte Abmahnung zu reagieren, sowie die Pflicht, den anderen Teil über etwaige, schon gegenüber Dritten abgegebene Unterlassungserklärungen zu informieren, durch die die Wiederholungsgefahr entfallen sein kann, so dass eine

⁵³¹ So V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 5.

⁵³² BGH LM §242 (Be) BGB Nr. 55 = NJW-RR 1987, 225; LM § 242 (Be) BGB Nr. 58 = NJW 1987, 3251; LM § 242 (Be) BGB Nr. 63 = NJW-RR 1988, 1066; LM § 242 (Be) BGB Nr. 70 = NJW 1990, 1905; LM § 242 (Be) BGB Nr. 71 = NJW 1990, 1906; LM § 276 (Fa) BGB Nr. 140 = NJW 1995, 715; V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 6, ebenso im Ergebnis J.FRITZSCHE, *Unterlassungsanspruch*, S. 270 ff.; H.KÖHLER, *UWG*, S. 309 ff.; O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, 9. Aufl., Kap. 41 Rdn. 51-54.

nachfolgende Klage des Abmahnenden keinen Erfolg mehr verspricht. Eine Verletzung dieser Pflichten soll eine Schadensersatzpflicht des abgemahnten Teils nach sich ziehen, in erster Linie gerichtet auf Ersatz der vom Abmahnenden unnötig aufgewandten Kosten.

Diese Praxis ist schon bei einer berechtigten Abmahnung nicht unbedenklich, darf aber auf keinen Fall auf unberechtigte oder unbegründete Abmahnungen erstreckt werden⁵³³.

V.2. Erforderlichkeit

Die Abmahnung ist keine Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs oder der Unterlassungsklage. Wenn der Kläger entscheidet, keine vorherige Abmahnung geltend zu machen, dann drohen ihm lediglich Kostennachteile nach §93 ZPO, sofern der andere Teil den Anspruch jetzt sofort anerkennt⁵³⁴, aber er kann vielmehr auch sofort einen Antrag stellen oder eine Klage erheben.

Zur Meidung dieses Kostenrisikos aus §93 ZPO ist eine Abmahnung in Wettbewerbsstreitigkeiten grundsätzlich erforderlich. Von diesem Grundsatz lässt die Rechtsprechung aber enge Ausnahmen zu.

Entbehrlich ist eine Abmahnung wenn, zum Beispiel, eine dringende Gefahr besteht, dass der Verletzter im Falle der

⁵³³ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 6.

⁵³⁴ J.FRITZSCHE, *Unterlassungsanspruch*, S. 289 ff.

Abmahnung die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs verhindert⁵³⁵.

Ein anderer Fall ist, dass die Mitteilung einer Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe zu spät kommen könnte, obwohl es allerdings die Möglichkeit gibt, diese per E-Mail oder per Telefax zu senden.

Auch die Nutzlosigkeit der Abmahnung kann eine Rolle spielen. Das ist der Fall, wenn von vornherein feststeht, dass der andere Teil, der Schuldner, sie unbeachtet lassen wird, so dass ihre Absendung als sinnlose Formalität erscheinen würde⁵³⁶, weil der Verletzte Beispielsweise gegenüber dem Verletzten oder einem Dritten erklärt hat, er wird eine Unterlassungserklärung nicht abgeben. Weiterhin: wenn der Schuldner bereits wegen einer im Grunde genommen identischen Verhandlung schon abgemahnt worden ist und bereit eine Unterlassungserklärung abgegeben hat und trotzdem seiner Pflicht nicht nachgekommen ist und weiter wirbt⁵³⁷. Das passiert auch wenn der Verletzte ein „Wiederholungstäter“ ist, der schon eine Serie gleichartiger Wettbewerbsverstöße und Verhandlungen geführt hat⁵³⁸.

⁵³⁵ OLG Stuttgart NJW-RR 2001, 257.

⁵³⁶ OLG Hamm WRP 1977, 349; OLG München WRP 1971, 77f.; 1971, 78f.; OLG Stuttgart NJW-RR 1987, 246; V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 8.

⁵³⁷ OLG Hamburg GRUR 1989, 707, 708; B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1039.

⁵³⁸ KG WRP 2003, 101; Dazu V.DEUTSCH, *Wettbewerbsprozeß*, Kap. 9 Rdn. 5.

Natürlich besteht noch ein Fall: der Vorsatz des Täters macht die Abmahnung nicht entbehrlich⁵³⁹.

Anders gesagt, eine Abmahnung ist ferner entbehrlich, wenn das Verlangen einer vorherigen Abmahnung für den Kläger oder Antragsteller den Umständen entsprechend nach § 242 BGB⁵⁴⁰ unzumutbar wäre. Das heißt: wenn die Angelegenheit derart eilbedürftig ist, dass ein Rechtsschutz nur durch den sofortigen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung möglich scheint.

Gewöhnlich wird dies nur bei ganz zeitgebundenen Verstößen, etwa während eines saisonalen Schlussverkaufs, sowie im Falle einer Abmahnung, bei der die Gefahr droht, dass der andere Teil noch die Gelegenheit erhält, die Rechtsverfolgung des Abmahnenden zu verhindern, z.B. indem er nachgeahmte Produkte beiseiteschafft oder zerstört⁵⁴¹.

Kurz gesagt, eine Obliegenheit zur Abmahnung besteht zunächst nicht, wenn eine Abmahnung offenbar zwecklos wäre, weil es nur zu einem unnötigen Zeitaufwand bringen kann und es konnte sogar gegen das Interesse des Verletzten gehen, da

⁵³⁹ OLG Hamburg GRUR 1995, 836; OLG München WRP 1996, 930, 931; O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, 9. Aufl., Kap. 41 Rdn. 22; a.A. OLG Celle WRP 1993, 812; OLG Stuttgart NJW-RR 2001, 257.

⁵⁴⁰ § 242 BGB bestimmt, dass der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern.

⁵⁴¹ OLG Hamburg GRUR 1969, 483 (484); 1975, 39 f.; OLG Düsseldorf NJW 1970, 335; NJWRR 1997, 1064; OLG Hamburg WRP 1972, 262. So V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 9.

der Verletzter schon Nachrichten über eine weitere kommende Klage erhalten könnte.

V.3. Inhalt

Der notwendige Inhalt einer Abmahnung ergibt sich aus § 12 Abs. 1 S. 1 UWG sowie aus ihrem Zweck, die Frage zu klären, ob zur Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs ein gerichtliches Verfahren erforderlich ist. In der Abmahnung muss deshalb als erstes neben den Parteien der behauptete Wettbewerbsverstoß so genau beschrieben werden, dass der andere Teil ohne weiteres zu erkennen vermag, weshalb von ihm eine Unterlassungsverpflichtung verlangt wird⁵⁴².

Der Abmahnende muss zuerst die Angabe zur Klagebefugnis geben. Aus §8 Abs. 3 Nr. 1 UWG folgt, dass zunächst das konkrete Wettbewerbsverhältnis der Mitbewerber durch die Gesetzesgrundlage darzulegen ist. Diese Angaben benötigt man nicht, wenn die Parteien sich als Konkurrenten seit langem kennen. Bei Verbänden ist die Anspruchsberechtigung darzulegen, eventuell auch die Zahl der Mitglieder anzugeben⁵⁴³. Sie müssen beweisen, dass sie nach §8 Abs. 2 Nr. 2, und Abs. 3 Nr. 3 UWG rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen sind, oder qualifizierte Einrichtungen, die

⁵⁴² OLG Bremen NJW-RR 1988, 625; V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 10.

⁵⁴³ B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1042.

nachweisen, dass sie in der dementsprechenden Liste eingetragen sind.

Zweitens muss eine deutliche Beschreibung des Wettbewerbsverstoßes gegeben worden sein. Der als wettbewerbsverletzter gerügter Sachverhalt ist zu beschreiben. Die Beschreibung muss so konkret sein, dass der Verletzter dieser entnehmen kann, was gefordert wird. Die bloße Zusendung einer mehrseitigen Zeitungsbeilage genügt nicht.

Eine rechtliche Bewertung des Sachverhalts ist nicht erforderlich; ist jedoch in der Regel zweckmäßig, weil erst dadurch der konkrete Vorwurf deutlich wird⁵⁴⁴.

Außerdem muss die Abmahnung nach § 12 Abs. 1 S. 1 UWG enthalten, die Aufforderung binnen einer angemessenen Frist wegen des behaupteten Wettbewerbsverstoßes eine unbedingte, strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben⁵⁴⁵.

Eine Abmahnung erfüllt nur dann ihren Zweck, wenn der Gläubiger dadurch dem Schuldner verdeutlicht, was er von ihm erwartet, um den Streit beizulegen. Die Aufforderung muss deshalb hinreichend konkret sein und nach Inhalt und Umfang dem zugrunde liegenden Unterlassungsanspruch entsprechen⁵⁴⁶.

Die strafbewehrten Unterlassungserklärung muss auch klar vorformuliert sein.

⁵⁴⁴ B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1043.

⁵⁴⁵ Zur Länge der Frist s. OLG München NJW-RR 1988, 680; V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 10.

⁵⁴⁶ B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1044.

Hierzu ist der Gläubiger nicht verpflichtet. Eine Vorformulierung ist aber in der Regel zweckmäßig. Die Vorformulierung enthält zudem das konkrete Angebot des Gläubigers zum Abschluss eines Unterwerfungsvertrages⁵⁴⁷.

Wie gesagt, es ist ein strafbewehrter Vertrag, sodass man auch die Höhe der Vertragsstrafe einfügen muss, die die Grundlage der Verletzungshandlung für die Beteiligten wird. Auch das Maß des Verschuldens kann relevant sein. Da der Schuldner durch die Vertragsstrafe vor zukünftigem Verstoßen abgehalten werden soll, muss die Höhe der Vertragsstrafe so festgestellt sein, dass hierdurch auf den Schuldner der erforderliche Druck ausgeübt wird. Außerdem hat die Vertragsstrafe die Funktion eines pauschalierten Schadensersatzes⁵⁴⁸ und muss nicht nach festen Beträgen für jeden Zuwiderhandlungsfall vereinbart werden.

Erlaubt ist auch das Verlangen einer angemessenen Vertragsstrafe, deren Höhe der Gläubiger nach billigem Ermessen zu bestimmen hat⁵⁴⁹, das kann entweder mit⁵⁵⁰ oder ohne⁵⁵¹ Obergrenze sein.

Sehr wichtig ist, eine angemessene Fristsetzung zur Abgabe der strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung zu setzen, obwohl wenn diese fehlt, wird im nach hinein eine

⁵⁴⁷ B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1045.

⁵⁴⁸ BGH GRUR 1994, 146, 147 - Vertragsstrafebemessung.

⁵⁴⁹ B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1046.

⁵⁵⁰ BGH GRUR 1985, 037, 938 - Vertragsstrafe bis zu II.

⁵⁵¹ BGH GRUR 1990, 1051 - Vertragsstrafe ohne Obergrenze.

passende Frist festgesetzt⁵⁵². Diese Frist kann nach Stunden, Tagen oder Wochen bemessen sein und hängt von den Umständen und dem Verstoß ab.

Schließlich ist noch erforderlich, dass dem Gegner angedroht wird, dass bei Verweigerung der Unterlassungserklärung, den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragen, bzw. Klage erheben wird, sofern diese Konsequenz nicht nach den Umständen sich von selbst versteht⁵⁵³.

Im Abmahnschreiben können weitere Forderungen gestellt werden, zum Beispiel das Verlangen, die Schadensersatzpflicht, sowie Informationen über den Umgang mit den Verletzungshandlungen, und noch die Rechnung sowie die Abmahnkosten zu übernehmen⁵⁵⁴.

Eine besondere Form der Abmahnung wird durch § 12 Abs. 1 S. 1 UWG nicht vorgeschrieben, obwohl aus Beweisgründen diese gewöhnlich schriftlich erfolgt⁵⁵⁵.

Eine telefonische Abmahnung kommt nur bei ganz eilbedürftigen Angelegenheiten in Betracht⁵⁵⁶. Heute wird die

⁵⁵² BGH GRUR 1990, 381, 382 - Antwortpflicht bei Abgemahnten.

⁵⁵³ BGH NJW 2006, 3781 (3782 Rdn. 12) = GRUR 2007, 164; KG NJW 2005, 2239; Beispiele für Abmahnungen bei A.NORDEMAN, *Wettbewerbs- und Markenrecht*, Rdn. 3012 (S. 485 f.); G.SPECKMANN, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 2787 (S. 803 ff.).

⁵⁵⁴ B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1049.

⁵⁵⁵ OLG Hamburg GRUR 1975, 39 (40); 1975, 41. B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1050; V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 12.

⁵⁵⁶ OLG München NJW-RR 1988, 680.

Abmahnung wohl in der Regel elektronisch, oft mit Telefax oder E-Mail übermittelt. Anwendbar ist außerdem § 174 BGB⁵⁵⁷.

Streitig ist, ob für die Wirksamkeit der Abmahnung der Eingang beim Schuldner oder die Absendung gilt. Ein Teil der Literatur verlangt nach § 130 BGB den Zugang des Abmahnschreibens als Wirksamkeitsvoraussetzung⁵⁵⁸. Ein gewichtiger Teil der Meinungen glaubt im Gegenteil den Zugang der Abmahnung und damit einen entsprechenden Zugangsnachweis durch den Gläubiger nicht für erforderlich⁵⁵⁹.

Letztlich ist auch den Bundesgerichtshof über die Kosten nach §93 ZPO eingetreten⁵⁶⁰ und hat beurteilt: «Kann nicht

⁵⁵⁷ OLG Nürnberg NJW-RR 1991, 1393 = GRUR 1991, 387; anders OLG Karlsruhe, NJW-RR 1990, 1323.

⁵⁵⁸ OLG Dresden WRP 1997, 1201; OLG Düsseldorf GRUR-RR, 2001, 199, 200; J.BORNKAMM, *Abmahnung*, § 12 UWG Rdn. 129 ff.

⁵⁵⁹ OLG Stuttgart GRUR 1984, 142; OLG Hamm GRUR 1994, 611; O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, 9. Aufl., Kap. 41 Rdn. 6 b; Ahrens/Deutsch, Kap. 1 Rdn. 107.

⁵⁶⁰ BGH, Beschl., vom 21. Dezember 2006 - I ZB 17/06, GRUR 2007, 629 - Zugang des Abmahnschreibens: Den Beklagten, der im Wettbewerbsprozess auf die Klageerhebung hin eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hat und geltend macht, ihm sei die Abmahnung des Klägers nicht zugegangen, trifft grundsätzlich die Darlegung- und Beweislast für die Voraussetzungen einer dem Kläger die Prozesskosten auferlegenden Entscheidung nach § 93 ZPO. Im Rahmen der sekundären Darlegungslast ist der Kläger lediglich gehalten, substantiiert darzulegen, dass das Abmahnschreiben abgesendet worden ist. Kann nicht festgestellt werden, ob das Abmahnschreiben dem Beklagten zugegangen ist oder nicht, ist für eine Kostenentscheidung nach § 93 ZPO kein Raum.

festgestellt werden, ob das Abmahnschreiben dem Beklagten zugegangen ist oder nicht, ist für eine Kostenentscheidung nach § 93 ZPO kein Raum».

V.4. Kosten

Nach § 12 Abs. 1 S. 2 UWG kann der Abmahnende Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, soweit die Abmahnung berechtigt ist. Mit dieser Bestimmung wollte der Gesetzgeber einen Schlussstrich unter die Diskussion über die Erstattungsfähigkeit der Abmahnungskosten unter dem alten UWG von 1909 ziehen⁵⁶¹.

Nach § 12 Abs. 1 S. 2 UWG hat der Aufwendungsersatzanspruch des Abmahnenden gegen den Schuldner zwei Voraussetzungen: auf einer Seite muss die Abmahnung berechtigt gewesen sein, auf der anderen die Aufwendungen müssen zur Rechtsverfolgung erforderlich gewesen sein⁵⁶². Kein Aufwendungsersatzanspruch besteht mithin bei unberechtigten Abmahnungen, die im Gegenteil in Ausnahmefällen eine Schadensersatzpflicht des Abmahnenden auszulösen vermögen⁵⁶³.

Ebenso wie unter dem UWG von 1909 beschränkt sich die Ersatzpflicht des abgemahnten Schuldners außerdem auf die objektiv erforderlichen Aufwendungen. Soweit es um die Kosten der Beauftragung eines Rechtsanwalts geht, muss man

⁵⁶¹ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 13.

⁵⁶² Begr., BT-Drs. 15/1487, S. 25 (r. Sp. 2. Abs.).

⁵⁶³ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 16.

unterscheiden: Bei Unternehmen werden die Kosten eines von ihnen beauftragten Rechtsanwalts grundsätzlich als erstattungsfähig anerkannt, selbst wenn sie über eine eigene Rechtsabteilung verfügen, weil Unternehmen nicht verpflichtet seien, ihre Rechtsabteilung gerade für die Abmahnung von Mitbewerbern einzusetzen⁵⁶⁴. Anders beurteilt wird die Rechtslage dagegen bei den Verbänden und Kammern der § 8 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 UWG, weil bei ihnen in der Regel mit einer Personal- und Sachausstattung gerechnet werden darf, die es ermöglicht, bei einfachen Fällen und wohl auch bei solchen "mittleren Schwierigkeitsgrades" ohne einen Rechtsanwalt die Ansprüche außergerichtlich geltend zu machen⁵⁶⁵.

In der Praxis bewegt sich die Höhe der üblichen Kostenpauschale für eine Abmahnung (mit steigender Tendenz) in einer Größenordnung von 200,- €⁵⁶⁶. Im Falle der Einschaltung von Anwälten entstehen dagegen durchweg wesentlich höhere Kosten, aber diese muss gerechtfertigt sein⁵⁶⁷. Die Verjährung des Aufwendungsersatzanspruchs richtet

⁵⁶⁴ So jetzt BGH NJW 2008, 2651 (2652 Rdn. 14) m. Anm. Möller, J.BORNKAMM, in: H/K/B, § 12 Rn. 1.93 ff.; anders noch BGH NJW 2004, 2448 = GRUR 2004, 789; NJW-RR 2007 713 (714 Rdn. 11) = WM 2007, 753; WM 2007, 752; V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 17.

⁵⁶⁵ Beer., BT-Drs. 15/1487, S. 25 (r. Sp. 2. Abs.); BGH LM § 683 BGB Nr. 42 = NJW 1984, 2525; NJW 2008, 2651 (2652 Rdn. 15).

⁵⁶⁶ KG WRP 1986, 384; GRUR 1987, 540; J.BORNKAMM, in: H/K/B, § 12 Rn. 1.98.

⁵⁶⁷ B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1076.

sich nach § 11 Abs. 1 UWG⁵⁶⁸. Ebenso behandelt werden schließlich auch die Kosten von Abschlusschreiben.

Wenn mehrere Gläubiger abgemahnt haben und der Schuldner sich nicht strafbewehrt unterworfen hat, ist jede Abmahnung „berechtigt“, und jeder Gläubiger hat dann nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG einen gesetzlichen Ersatzanspruch⁵⁶⁹.

Insgesamt können die Abmahnkosten nicht mit den Kosten eines Rechtsstreits festgesetzt werden⁵⁷⁰.

V.5. Unberechtigte Abmahnung

Eine Abmahnung kann aus unterschiedlichen Gründen unberechtigt oder auch unbegründet sein, insbesondere, wenn das abgemahnte Unternehmen tatsächlich nicht gegen das UWG verstoßen hat, wenn der Abmahnende nicht anspruchsberechtigt war oder wenn der Abgemahnte kein Unternehmen, sondern bloßer Verbraucher ist. Die Rechtsfolgen sind im Einzelnen umstritten⁵⁷¹.

Sicher ist nur, dass der Abmahnende dann nach § 12 Abs. 1 S 2 UWG von dem Abgemahnten keinen Aufwendungsersatz verlangen kann. Anders ist, wie der Abgemahnte gegen die unberechtigte Abmahnung sich wehren kann.

⁵⁶⁸ BGHZ 115, 210ff. = NJW 1992, 429; KG NJW-RR 1991, 1520.

⁵⁶⁹ B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1075.

⁵⁷⁰ BGH, Beschl., vom 20. Oktober 2005 - I ZB 21/05, WRP 2006. 237 - Geltendmachung der Abmahnkosten. B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1076.

⁵⁷¹ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 19.

Er braucht nicht zu antworten, sondern einfach die unberechtigte Abmahnung unbeachtet lassen. Ansonsten kann er entweder eine Schutzschrift schreiben oder Feststellungsklage erheben, in der steht, dass die gegen ihn erhobenen Vorwürfe unberechtigt sind⁵⁷². Die Klage erledigt sich nur, wenn der Abmahnende seinerseits Leistungsklage erhebt (§ 91 a ZPO)⁵⁷³. Eine vorherige Gegenabmahnung ist grundsätzlich entbehrlich, obwohl auch ohne Gegenabmahnung dem Abgemahnten nach Erhebung einer Feststellungsklage keine Kostennachteile drohen, selbst wenn der Abmahnende den Anspruch sofort anerkennt⁵⁷⁴. Anders wird die Rechtslage nur beurteilt, wenn die Abmahnung auf offenbar unrichtige Annahmen beruhte, so dass bei deren Richtigstellung mit einer Erledigung der Auseinandersetzung ohne Durchführung des Prozesses gerechnet werden kann, sowie in vergleichbaren Fällen⁵⁷⁵.

Als unzulässig gilt dagegen allgemein eine Unterlassungsklage des zu Unrecht Abgemahnten, weil es sich bei der Abmahnung um die Vorstufe zu einem gerichtlichen Verfahren handelt, dessen Einleitung grundsätzlich jedermann freistehen muss, solange er nicht geradezu unredlich handelt. Ebenso wenig löst daher eine unberechtigte Abmahnung in der

⁵⁷² V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 19.

⁵⁷³ BGH LM § 256 ZPO Nr. 135 = NJW 1986, 1815; LM § 256 ZPO Nr. 184 = NJW 1994, 3107 GRUR 1994, 846; LM §243 ZPO Nr. 113 = NJW-RR 1995,1379(1381); OLG Frankfurt NJWR 1991, 1006.

⁵⁷⁴ BGH GRUR 2004, 790 (792) = WRP 2004, 1032, V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 19.

⁵⁷⁵ BGH (vorige Fn.).

Regel eine Schadensersatzpflicht aus⁵⁷⁶. Eine Ausnahme gibt nur wenn der Täter unredlich, vorsätzlich und bösgläubig handelt.

V.6. Abschlußschreiben

Eine besondere Erscheinungsform der Abmahnung ist das Abschlussschreiben, das sich in der Praxis als weiteres Rechtsinstitut zur Erledigung wettbewerbsrechtlicher Streitigkeiten nach Erhaltung einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung eines Wettbewerbsverstoßes herausgebildet hat. Sein Inhalt besteht in die Aufforderung an den Antragsgegner, die einstweilige Verfügung als endgültig anzuerkennen und auf Rechtsbehelfe gegen die Verfügung zu verzichten⁵⁷⁷.

Man muss sich merken, um die Funktion dieses Abschlussschreibens zu verstehen, dass eine Unterlassungsverfügung grundsätzlich nur einen vorläufigen Titel schafft, durch den im Regelfall das Rechtsschutzbedürfnis für eine gleichzeitige oder nachfolgende Unterlassungsklage nicht ausgeschlossen wird, außer eben, wenn der Antragsgegner nach Erlass der Verfügung auf Rechtsbehelfe verzichtet. Voraussetzung ist zudem, dass die Abschlusserklärung genau dem Inhalt der einstweiligen Verfügung entspricht, weil sie nur

⁵⁷⁶ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 21.

⁵⁷⁷ G.LUKE, *Abschlußschreiben*, 1993, S. 293 (294 ff.); R.SCHULTZ-SÜCHTING, in: *Großkommentar*, § 25 Rn. 291 ff.; zu den Rechtsbehelfen s. im einzelnen u. § 26 Rn. 19 f.

dann geeignet ist, in Verbindung mit der Verfügung einen Titel zu schaffen, der ebenso effektiv wie ein Titel in der Hauptsache ist⁵⁷⁸.

Die Wirkung eines ordnungsgemäßen Abschlussschreibens besteht in erster Linie darin, dass für eine nachfolgende Klage das Rechtsschutzbedürfnis entfällt⁵⁷⁹.

Zugleich beseitigt die Abschlusserklärung in Verbindung mit der vorausgegangenen einstweiligen Verfügung genauso wie eine strafbewehrte Unterlassungserklärung die Wiederholungsgefahr, weil der durch die Verfügung erlangte Titel jetzt endgültig ist⁵⁸⁰.

Bei einem Verzicht auf das Abschlussschreiben drohen eventuell kostenrechtliche Nachteile, da der Antragsteller, der nach Erhaltung einer einstweiligen Verfügung ohne Abschlussschreiben sogleich zur Klageerhebung schreitet, nach § 93 ZPO die Kosten tragen muss, wenn der Beklagte in der ersten mündlichen Verhandlung über die Klage den Unterlassungsanspruch anerkennt. Anders verhält es sich nur, wenn einer der Ausnahmefälle vorliegt, in denen auch eine Abmahnung entbehrlich ist⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ RGH NJW 2005, 2550 (2552) = GRUR 2005, 692.

⁵⁷⁹ BGH LM § 25 UWG Nr. 1 = NJW-RR 1991, 297; KG NJW-RR 1987, 814 (816); OLG Koblenz WRP 1985, 439; OLG Hamm NJW-RR 1986, 922; G.LUKE, *Abschlußschreiben*, 1993, S. 293 (296 f.).

⁵⁸⁰ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 24.

⁵⁸¹ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 25.

V.7. Schutzschrift

Abmahnung und anschließendes Verfügungsverfahren sind für den Betroffenen gefährlich, weil das Verfahren zum Erlass einer Unterlassungsverfügung führen kann, ohne dass der Abgemahnte in der Sache gehört worden ist. Um dem vorzubeugen, hat die Praxis als weiteres Rechtsinstitut die Schutzschrift entwickelt⁵⁸².

Dabei handelt es sich um einen Schriftsatz, den der Abgemahnte vorsorglich bei Gericht einreicht, wenn er die Abmahnung für unberechtigt hält. Mit diesem Schriftsatz stellt der Abgemahnte den Antrag, über den erwarteten Antrag des Abmahnenden auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden⁵⁸³. Der Abgemahnte will sich dadurch die Möglichkeit eröffnen, auf jeden Fall noch selbst rechtzeitig zu Wort zu kommen⁵⁸⁴.

Zweckmäßig ist es, bereits in diesem Schriftsatz sachlich zu der Berechtigung des erwarteten Verfügungsantrags Stellung nehmen. Durch diese Maßnahme kann der Abgemahnte dem angedrohten Verfügungsantrag zuvorzukommen⁵⁸⁵.

⁵⁸² B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1077; V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 26.

⁵⁸³ B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1077.

⁵⁸⁴ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 26.

⁵⁸⁵ B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1077.

Die Schutzschrift braucht sich jedoch nicht darauf zu beschränken, sondern kann auch bereits sachlich zu der Berechtigung des erwarteten Antrags Stellung nehmen⁵⁸⁶.

Obwohl die ZPO das Rechtsinstitut der Schutzschrift nicht kennt⁵⁸⁷, folgt aus Art. 103 Abs. 1 GG, dass das Gericht eine einmal eingereichte Schutzschrift zur Kenntnis nehmen und bei seiner Entscheidung über den Verfügungsantrag berücksichtigen muss⁵⁸⁸. Das Gericht sollte deshalb, wenn es die vom Antragsgegner in der Schutzschrift vorgebrachten Einwendungen für erheblich hält, zumindest von dem Erlass der beantragten einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung absehen⁵⁸⁹.

Die Einreichung einer Schutzschrift bei Gericht verursacht möglicherweise erhebliche Kosten. Wer diese Kosten letztlich zu tragen hat, hängt vor allem davon ab, welchen Verlauf das Verfahren nach Einreichung der

⁵⁸⁶ A.NORDEMANN, *Wettbewerbs- und Markenrecht*, 10. Aufl., Rdn. 3041 (S. 490 f. mit Beispielen); K.SPÄTGENS, *Wettbewerbsprozeß*, § 93 Rn. 19 f.; O.TEPLITZKY, NJW 1980, 1667; weiteres Beispiel bei G.SPECKMANN, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 2788 (S. 805 f.), B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1077, V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 26.

⁵⁸⁷ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 27.

⁵⁸⁸ Eingehend G.LUKE, *Abschlußschreiben*, 1993, S. 293 (300 f.); V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 27; B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1077.

⁵⁸⁹ V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 28.

Schutzschrift nimmt⁵⁹⁰. §91 ZPO ist unmittelbar nur anwendbar, wenn der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung tatsächlich gestellt und aus sachlichen Gründen, möglicherweise sogar durch Urteil, abgelehnt wird. Unklar ist die Rechtslage dagegen, wenn zwar ein Antrag gestellt, dieser anschließend jedoch durch Beschluss zurückgewiesen oder vom Antragsteller selbst wieder zurückgenommen wird⁵⁹¹.

Selbst wenn in einem solchen Fall das für die Anwendung des §91 ZPO an sich erforderliche Prozessrechtsverhältnis fehlt, nimmt eine verbreitete Meinung – in erster Linie wohl aus Billigkeitserwägungen – an, dass bereits durch den einseitigen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ein Prozessrechtsverhältnis mit dem Antragsgegner begründet wird, und zwar mit der Folge, dass dieser bei Zurückweisung oder Zurücknahme des Antragsersatzung der ihm bis dahin durch die Einreichung der Schutzschrift entstandenen erforderlichen Kosten analog den §§91 und 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO verlangen kann⁵⁹².

⁵⁹⁰ S. im einzelnen G.LUKE, *Abschlußschreiben*, 1993, S. 293 (302 ff.); V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 27; B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1078.

⁵⁹¹ B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1078. V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 27.

⁵⁹² OLG Frankfurt NJW 1955, 1194; BB 1980, 1720; WRP 1982, 334; OLG Hamburg MDR 1965, 755; 1977, 498f.; 1978, 151; OLG Nürnberg MDR 1977, 836 = WPR 1977, 596; OLG Köln NJW 1973, 2071; G.LUKE, *Abschlußschreiben*, 1993, S. 293 (304 f.); a.A. OLG Frankfurt MDR 1978, 675 Nr. 75; KG NJW 1972, 1053; OLG München NJW 1955, 18C3; OLG Düsseldorf GRUR 1988, 404;

VI. Unterlassungserklärung und „*Transazione*“

Die Abmahnung oder Verwarnung, die einer „*diffida*“ nach italienischen Recht ähnelt, spielt neben der Abmahnung eine Rolle als vorherige Mitteilung um der verklagten Partei die Möglichkeit einzuräumen, den beanstandeten Verstoß einzustellen.⁵⁹³

Die Richtlinie 2009/22/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen empfiehlt die Mitgliedstaaten gesetzlich einzuräumen, die ab dem Tag des Eingangs des Antrags auf Konsultation, zu laufen beginnen sollte⁵⁹⁴.

Eine Klageerhebung ohne diese vorherige Konsultation, oder Verwarnung, ist in Italien gemäß Art. 140, Abs. 5 des

V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, § 25, Rdn. 29; B.JESTAEDT, *Wettbewerbsrecht*, Rdn. 1078.

⁵⁹³ In diesem Sinne lautet die Erwägung 14 der Richtlinie 2009/22/EG «Die Mitgliedstaaten sollten vorsehen können, dass die Partei, die eine Unterlassungsklage zu erheben beabsichtigt, eine vorherige Konsultation durchführen muss, um es der beklagten Partei zu ermöglichen, den beanstandeten Verstoß abzustellen».

⁵⁹⁴ In diesem Sinne lautet die Erwägung 15 der o.g. Richtlinie «Wenn die Mitgliedstaaten eine vorherige Konsultation vorsehen, ist eine Frist von zwei Wochen, gerechnet ab dem Eingang des Antrags auf Konsultation, festzusetzen; wird die Unterlassung des Verstoßes nicht innerhalb dieser Frist erreicht, so ist die klagende Partei berechtigt, die zuständigen Gerichte oder Verwaltungsbehörden ohne weiteren Aufschub mit der Klage zu befassen»

italienischen Verbraucherschutzgesetz (Abgekürzt cod. cons.) unzulässig⁵⁹⁵.

In diesem Sinne ist in Italien ist Rechtsinstitut, welches der Abmahnung ähnelt, bereits vorgesehen, so dass es unter systematischen Gesichtspunkten keine besondere Neuigkeit wäre⁵⁹⁶.

Ob die anschließende Unterlassungserklärung mit ihren rechtlichen Konsequenzen und Implikationen in der italienische Rechtsordnung einführbar ist, stellt eigentlich stellt eigentlich das eigentliche Problem dar.

Die Unterlassungserklärung hat mit dem italienischen Rechtsinstitut der „*Transazione*“ gemäß Art. 1965 des italienischen Zivilgesetzbuch (Abgekürzt cod. civ.) viel Gemeinsames⁵⁹⁷.

Gemäß Art. 1965 cod. civ. ist die „*Transazione*“ ein Vertrag, mit dem die Parteien, einen bereits eingeleiteten

⁵⁹⁵ In Deutschland sieht §12, Abs. 1, UWG vor, dass «die zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten sollen den Schuldner vor der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens abmahnen und ihm Gelegenheit geben, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen».

⁵⁹⁶ In Deutschland ist eine Klageerhebung ohne diese vorherige Verwarnung nur im Hinblick auf die Verfahrenskosten relevant.

⁵⁹⁷ Für eine vertiefte Analyse siehe A.ZACCARIA, *Commento agli artt. 1965-1991 cod. civ.*, S. 2017 ff.

Rechtsstreit beenden oder vermeiden, indem sie sich gegenseitige Zugeständnisse machen⁵⁹⁸.

Durch diese gegenseitigen Zugeständnisse können auch sonstige Rechtsverhältnisse begründet, abgeändert oder aufgehoben werden, die sich von dem Rechtsverhältnis, welches Gegenstand der Klage ist, unterscheiden.

Die gegenseitigen Zugeständnisse sind auch in der Abmahnung mit anschließender Unterlassungserklärung vorgesehen.

Auf einer Seite unterlässt der Täter eine rechtswidrige Handlung, und verpflichtet sich im Falle der Wiederholung einer Strafe zu bezahlen.

Auf der anderen Seite verzichtet die andere Partei auf das Recht eine Klage zu erheben.

Die Parteien setzen durch die „*Transazione*“ und durch die Abmahnung mit Unterlassungserklärung einem bereits eingeleiteten Rechtsstreit ein Ende, oder vermeiden den Anfang einer bevorstehenden Rechtsstreitigkeit, die zwischen ihnen entstehen könnte. In beiden Fällen handelt es sich um eine außergerichtliche Erledigung der Streitsache.

Dadurch begründen die Parteien ein neues vertragliches Rechtsverhältnis gemäß Art. 1965, Abs. 2, cod. civ. und

⁵⁹⁸ Art. 1965 cod. civ. lautet «La transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro.

Con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti».

werden nicht aus der künftigen Streitsache in Anspruch genommen⁵⁹⁹.

Die „*Transazione*“, kann genauso wie die Unterlassungserklärung, auch nur über ein Teil der streitigen Sache abgeschlossen werden, und das was darin nicht geregelt ist und noch zwischen den Parteien als streitig übrigbleibt, kann noch im Wege des gerichtlichen Verfahrens erledigt werden⁶⁰⁰.

Für beide Rechtsinstitute ist eine Fristsetzung nicht erlaubt⁶⁰¹.

In Deutschland bedarf die Abmahnung keiner besonderen Form, im Unterschied zur Unterlassungserklärung, für die schriftliche Form *ad substantiam* vorgesehen ist⁶⁰². In Italien

⁵⁹⁹ A.ZACCARIA, *Commento agli artt. 1965-1991 cod. civ.*, S. 2020. Cass. Civ., Urteil vom 23.05.1969, Nr. 1829, in *Giur. It.*, 1970, I, S. 91 ff.

In Deutschland, V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, S. 330.

⁶⁰⁰ In Italien, in diesem Sinne, Cass. Civ., Urteil vom 29.03.1985, Nr. 2207, in *Mass. Foro it.*, 1985. In Deutschland siehe Bornkamm, *Abmahnung*, S. 1330.

⁶⁰¹ F.SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, S. 277 ff.; J.BORNKAMM, *Abmahnung*, S. 1329 f. ; O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, 10. Aufl., S. 66.

⁶⁰² Gemäß §780 BGB. Viele Autoren sprechen über ein abstrakt Schuldversprechen, in diesem Sinne V.EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, S. 330. Über den effektiven Ernst der Unterlassungserklärung BGH, GRUR, 1983, 127 ff. – Vertragsstrafeversprechen.

wird diese nur *ad probationem* von Art. 1967 cod. civ. verlangt⁶⁰³.

Die zwei Rechtsinstitute unterscheiden sich in ihrer Rechtsnatur: die Unterlassungserklärung ist in Deutschland eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung⁶⁰⁴, während in Italien die „*Transazione*“ ein entgeltlicher Vertrag mit gegenseitige Leistungen darstellt⁶⁰⁵, obwohl der Mangel an gegenseitigen Zugeständnissen für den Abschluss der „*Transazione*“ notwendig ist, nicht ausschließt, dass mit der Vereinbarung ein anderes Rechtsgeschäft begründen wird, wenn ein Schuldanerkenntnis zugunsten eines der Vertragspartners stattgefunden hat⁶⁰⁶.

Darüberhinaus hat die „*Transazione*“ keine Wirkung gegenüber Dritten⁶⁰⁷, während die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung bestimmte Wirkungen gegenüber den Dritten entfaltet⁶⁰⁸.

Die Nichterfüllung der mit Unterzeichnung der Unterlassungserklärung übernommenen Verpflichtung, kann

⁶⁰³ Mit Ausnahme von Immobilien.

⁶⁰⁴ O.TEPLITZKY, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, 10. Aufl., S. 66.

⁶⁰⁵ F.GALGANO, *Trattato*, S. 817.

⁶⁰⁶ In diesem Sinne, Cass. Civ., Urteil vom 29.03.1985, Nr. 2207. Ebenso im Ergebnis A.ZACCARIA, *Commento agli artt. 1965-1991 cod. civ.*, S. 2018.

⁶⁰⁷ F.SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, S. 300. Der Autor betont, wie es für alle Verträge gilt.

⁶⁰⁸ Zum Beispiel, die Dritten können keinen weiteren Anspruch haben, wenn der Täter schon eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hat, da keine Wiederholungsgefahr besteht.

bewirken, dass der Antragsteller von dem Täter die Unterzeichnung einer weiteren Unterlassungserklärung mit einer höheren Strafklausel verlangen kann. Anderenfalls, steht dem Verletzten das Recht zu, in die frühere Rechtslage versetzt zu werden, und den Streit zu Gericht bringen.

So ähnlich ist in Italien die Aufhebung des Vertrages wegen Nichterfüllung geregelt, weil die Rechtslage auf dem Standpunkt zurückversetzt wird, an dem sie sich vor dem Abschluss der „*Transazione*“ befand⁶⁰⁹.

Wie bereit geprüft, ist in Deutschland auch vorgesehen, dass der Antragsteller dem Täter die Anwaltskosten auferlegen kann. In Italien könnte man diese Kostenabwälzung einfach innerhalb der „*Transazione*“ als weiteres Zugeständnis vereinbaren.

Was im Rahmen der italienischen Rechtsordnung noch problematisch bleibt, sind die Wirkungen nur *inter partes* der „*Transazione*“.

Nach dem Grundprinzip der Rechtsordnung *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* ist die Vertragswirkung der „*Transazione*“ gemäß Art. 1372, Abs. 2, cod. civ. nur zwischen den Parteien begrenzt⁶¹⁰, da der Vertrag

⁶⁰⁹ A.ZACCARIA, Commento agli artt. 1965-1991 cod. civ., S. 2030.

⁶¹⁰ Art. 1372 setzt vor, dass der Vertrag Gesetzeskraft zwischen den Parteien hat. Er kann nur durch gegenseitige Einwilligung oder wegen eines gesetzlich zugelassenen Grundes aufgelöst werden. Der Vertrag wirkt nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen auf Dritte.

nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen Wirkungen auf Dritte entfalten kann⁶¹¹.

Aus diesem Grund kann man beobachten, wie ohne eine ausdrückliche Vereinbarung, die den Verbraucherverein das Recht eine „*Transazione*“ mit Wirkungen *erga omnes* zu schließen berechtigt, die Anwendung einer Lösung wie es im deutschen Recht vorgesehen ist, in Italien nicht zulässig ist.

Die eventuelle Registrierung der „*Transazione*“, damit das genau Datum überprüft werden kann, das Problem zum Teil lösen, wenn man berücksichtigt, dass jeder Verbraucherverein berechtigt und gleichzeitig verpflichtet ist, die Verbraucher in ihrer Gesamtheit zu schützen.

In diesem Sinne ist es hinreichend, den Täter gegen zukünftige Unterlassungsansprüche der Dritten abzusichern.

Der Täter könnte den Dritten tatsächlich über die „*Transazione*“ informieren, um vergangene Verstöße geltend machen. Anders gesagt, er könnte beweisen, dass er die unlauteren geschäftlichen Handlungen schon unterlassen hat.

Falls der Verbraucherverein den Streit zu Gericht bringt, könnte der Täter gegen die „*Transazione*“ Einspruch erheben, da es sowieso zugunsten des Verbrauchers verlangt war, auch wenn das gegenüber einem anderen Verbraucherverein erfolgt war, und es in der Abwägung der Richter liegt. Natürlich könnte der Täter immer noch die Schlichtung der Streitigkeit gemäß Art. 140, Abs. 6, cod. cons. beantragen.

⁶¹¹ *Ex plurimis*, P.STANZIONE – B.TROISI, *Principi generali*, S. 148.

VII. FAZIT

Die Einleitung dieser Arbeit bestätigt, wie nützlich es wäre, die Abmahnung mit anschließender Unterlassungserklärung auch in das italienische Rechtssystem einzuführen.

Wie auf den Anfangsseiten dieser Arbeit nur kurz erwähnt wird, können zurzeit die Ansprüche allgemeiner Angelegenheiten eine gerichtliche Antwort weder schnell noch effektiv leisten.

In einem Bereich, der großen Einfluss auf dem ganzen Markt hat, sollte man schneller und günstiger den unlauteren Wettbewerb rechtlich verfolgen können.

Im Jahr 2004 trat dies bereits ein: Der deutsche Rechtsstaat nahm die Abmahnung als Norm in einem Gesetzbuch auf. Dieses war, nach vielen Jahrzehnten, die vollständige Anerkennung einer Maßnahme zur außergerichtlichen Streitbeilegung.

Hierdurch und durch die anschließende Unterlassungserklärung konnte eine Vielzahl der Fälle aller Wettbewerbsstreitigkeiten außergerichtlich geklärt werden.

Der Rechtsvergleich zwischen Abmahnung mit anschließender Unterlassungserklärung und „*Transazione*“ oder einfach eine ausführliche Forschung über die Abmahnung hätten allein schon Stoff für eine Doktorarbeit dargestellt.

Nach meiner Forschung kann man nun vorsichtig behaupten, dass aufgrund der Analogien zwischen Unterlassungserklärung und „*Transazione*“ bereits eine

gesetzliche Grundlage vorhanden wäre, , um in Italien ein Rechtsinstitut wie die Abmahnung und die daraus resultierende strafrechtliche Unterlassungserklärung einsetzen zu können.

In Italien, wie in Deutschland, kann der einzelne Verbraucher nicht schnell und effektiv auf irreführende Geschäftspraktiken, die falsche geographische Herkunftsangaben enthalten, reagieren. In Italien besteht für ihn nur die Möglichkeit, einen Antrag bei der AGCM vorzulegen.

Zudem ist in Italien immer die Intervention einer dritten Instanz, wie z.B. eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde nötig.

Zugunsten der Verbraucher sind natürlich die Verbrauchervereine berechtigt, die in beiden Ländern einen Unterlassungsanspruch haben, und können diesen gerichtlich wie außergerichtlich geltend machen.

In Deutschland besteht jedoch für den die Möglichkeit außergerichtlich schnell und effektiv auf irreführende Geschäftspraktiken privatrechtlich zu reagieren, und zwar durch die Abmahnung mit anschließender strafbewehrter Unterlassungserklärung.

In Italien wäre zur Zeit liefe der Täter, bzw. der Gewerbetreibender, unter Gefahr, den Wettbewerbsstreitigkeiten außergerichtlich nicht zu erledigen, auf Grund des Fehlens einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung, die solche Rechtswirkungen für die „*Transazione*“ vorsieht, obwohl kein ausdrückliches Verbot in diesem Sinne besteht.

Diese Überlegungen führen zu der Schlussfolgerung, dass sich dieses außergerichtliche Beilegungsmittel nach deutschem Vorbild zukünftig auch in der italienischen Rechtsordnung etablieren könnte.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *The forthcoming EC directive on unfair commercial practices*, a cura di H.Collins, The Hague, 2004.
- AA.VV., *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G.Alpa e L.Rossi Carleo, Napoli, 2005.
- AA.VV., *The regulation of unfair commercial practices under EC directive 2005/29. New rules and new techniques*, a cura di Stephen Weatherill e Ulf Bernitz, Oxford – Portland, 2007.
- AA.VV., *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di G.De Cristofaro, Torino, 2007.
- AA.VV., *Codice del consumo*, a cura di G.Vettori, con la collaborazione di F.Addis, Padova, 2007.
- AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E.Minervini e L.Rossi Carleo, Milano, 2007.
- AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo: il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano*, a cura di G.De Cristofaro, Torino, 2008.
- AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette: attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE* a cura di A.Genovese, Padova, 2008.
- AA.VV., *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di E.Capobianco e G.Perlingieri, Napoli, 2009.

- AA.VV., *Codice del consumo*, a cura di Vincenzo Cuffaro, con il coordinamento di A.Barba e A.Barengi, III ed., Milano, 2012.
- ACHILLES W., in Ahrens, *Der Wettbewerbsprozeß. Ein Praxishandbuch*, 6° ed., Köln-München, 2009.
- AHRENS H.-J., *Der Wettbewerbsprozeß. Ein Praxishandbuch*, a cura di H.-J.Ahrens, 6° ed., Köln-München, 2009.
- ALBISINNI F., *Il made in Italy dei prodotti alimentari e gli incerti tentativi del legislatore italiano*, in *Agriregionieuropa*, anno VII, n. 25, 2011.
- ALBISINNI F., *La sicurezza alimentare veicolo di innovazione istituzionale*, in *Riv. dir. alimentare*, anno III, n. 4, 2009.
- ALPA G. - DEL RE F. – GAGGERO P., *Le Camere di Commercio e la regolazione del mercato*, Milano, 1995.
- AMADIO G., *La «conformità al contratto» tra garanzia e responsabilità*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 1, 2001.
- AMADIO G., *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002.
- ANTONIOLLI L., *Contratti del consumatore nel diritto dell'Unione europea*, in *Dig. civ.*, aggiornamento, VI, Torino, 2011.
- APOSTOLOPOULOS H., *Das europäische Irreführungsverbot: Liberalisierung des Marktgeschehens oder Einschränkung für die Anbieterseite?*, in *GRUR Int.*, n. 54, 2005.
- APPIANO E.M., *Contributo al dibattito sulla mediazione civile e commerciale*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 1, 2011.
- ARMAO G., *Il nuovo ordinamento delle Camere di Commercio*, Palermo, 1996.

- BARTOLOMUCCI P., *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *Contratti*, n. 10, 2005.
- BARTOLOMUCCI P., voce *Conciliazione extragiudiziale*, in *Dig. civ., Aggiornamento III*, Torino, 2007.
- BARTOLOMUCCI P., *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, n. 1, 2008.
- BATTELLI E., *Le ragioni dell'intervento normativo e la prospettiva comunitaria sottesa alle nuove leggi*, in *Contratti*, n. 12, 2007.
- BATTELLI E., *Commento all'art. 137 cod. cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, diretto da A.Zaccaria – G.De Cristofaro, I ed., Padova, 2010.
- BATTELLI E., *Commento alla L. 29 dicembre 1993, n. 580*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, diretto da A.Zaccaria – G.De Cristofaro, I ed., Padova, 2010.
- BEATER A., *Unlauterer Wettbewerb*, Tübingen, 2010.
- BELELLI A., *Introduzione*, in *Dall'azione inhibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, a cura di A.Belelli, Padova, 2009.
- BENNACCHIO G., *Diritto Privato della Comunità Europea*, IV ed., Milano, 2008.
- BETTI C. (a cura di), *La vendita dei beni di consumo*, Milano, 2004.

- BIANCA C.M., *Consegna di aliud pro alio e decadenza dai rimedi per omessa denuncia nella direttiva 1999/44/CE*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 1, 2001.
- BIANCA C.M. (a cura di), *La vendita dei beni di consumo*, Padova, 2006.
- BIANCA C.M., *L'inibitoria come strumento di prevenzione dell'illecito*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, I, 2008.
- BIN M., *Per un dialogo con il futuro legislatore della attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 2, 2000.
- BONFANTE G. - CAGNASSO O., *Risoluzione del contratto e «azione di esatto adempimento» quali strumenti di tutela del consumatore o dell'impresa?*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 1, 2001.
- BORNKAMM J., *Abmahnung und Unterwerfung*, in *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, a cura di H.Köhler - J.Bornkamm, 30°ed., München, 2012.
- BORSELLINO D., [et al.], *D.Lg. 6 settembre 2005, n. 206. Codice del consumo*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di P.Cendon, Milano, 2010.
- BRANLARD J.P., *La reconnaissance et la protection par le Droit des mentions d'origine géographique comme élément de qualité des produits alimentaires*, in *Revue de droit rural*, 1995.

- BROGGIATO T., *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali*, in *Dir. banca mercato fin.*, vol. XX, 2006.
- BRÜNING H., in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 2° ed., München, 2009.
- BÜSCHER W., *Beseitigung und Unterlassung*, in *Lauterkeitsrecht*, II, a cura di K-H.Fezer, München, 2010.
- BUZZI I., *Introduzione alla conciliazione. Principi fondamentali e applicazione della mediazione ai conflitti aziendali e commerciali*, Milano, 2003.
- CABELLA PISU L., *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 1, 2001.
- CALVO R., *L'attuazione della direttiva n. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 2, 2000.
- CALVO R., *Le pratiche commerciali "ingannevoli"*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino 2008.
- CAMARDI C., *Inibitorie amministrative di attività*, in *Annali it. dir. autore*, a cura di L.C.Ubertazzi, 2012.
- CAPELLI F., *La Corte di giustizia, in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette, riferite ai prodotti agroalimentari, mediante la sentenza BUD II motivata in modo affrettato, contraddittorio e per nulla convincente*, in *Dir. com. e scambi internaz.*, n. 3, 2010.

- CAPELLI F., in *Luci ed ombre nel nuovo regolamento UE n. 1151/2012 sulla qualità dei prodotti agro-alimentari*, Relazione presentata al convegno “Geographical Indications and Trademarks”, Parma, 15-16 marzo 2013.
- CECI M., *Competitività del sistema agro-alimentare italiano attraverso la qualità*, in *Riv. dir. alimentare*, anno II, n. 2, 2008.
- CENA D., *Riforma delle Camere di commercio e tutela del Consumatore*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 2, 1996.
- CIATTI A., *L’ambito di applicazione rationae materiae della direttiva comunitaria sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 2, 2000.
- CIATTI A., *Commento all’art. 27 cod. cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, I ed., Padova, 2010.
- CICOGLIA M., DI RAGO G., GIUDICE G.N., *La Conciliazione Commerciale. Manuale teorico-pratico*, Rimini, 2004.
- CICOGLIA M., DI RAGO G., GIUDICE G.N., *Manuale delle tecniche di mediazione nella nuova conciliazione*, Rimini, 2010.
- CLARICH M., *Le competenze in materia di diritto dei consumatori delle autorità di regolazione settoriale*, in atti del Convegno “Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela”, Roma, 29 gennaio 2010.
- COPPOLA F., *Regolamento (Ue) n. 1151/2012 su DOP, IGP e STG: un’occasione mancata?*, in *Alimenta ESD*,

- commentario tecnico-giuridico della produzione agro-alimentare*, anno XXI, 2013.
- CORAPI P., *La direttiva 99/44/CE e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili*, in *Eur. dir. priv.*, 2002.
- COSTATO L., *L'informazione dei consumatori postrema frontiera della CE*, in *Riv. dir. alimentare*, anno II, n. 4, 2008.
- COSTATO L., *Dai prodotti agricoli primari ai consumatori: i percorsi della storia*, in *Riv. dir. alimentare*, anno VII, n. 3, 2013.
- DE CRISTOFARO G., *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000.
- DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori : il D. Legisl. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della Direttiva 2005/29/CE*, in *Studium Iuris*, vol. XIII, n. 11, 2007.
- DE CRISTOFARO G., *I contratti del consumo alimentare*, in *Riv. dir. alimentare*, anno II, n. 2, 2008.
- DE CRISTOFARO G., *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali. Commento alla sentenza della Corte di Giustizia CE, sez. I, del 23 aprile 2009, cause C-261/07 e C-299/07*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009.
- DE CRISTOFARO G. – ZACCARIA A., *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, II ed., Padova, 2013.

- DELOGU L., *I patti modificativi della responsabilità del venditore: la direttiva 1999/44/CE, l'odierno diritto italiano e le prospettive di riforma*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 2, 2000.
- DE MATTEIS R., *Il difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 1, 2001.
- DEUTSCH V., *Der Wettbewerbsprozeß. Ein Praxishandbuch*, a cura di H-J.Ahrens, 6° ed., Köln-München, 2009.
- DI LAURO A., *Nuove regole per le informazioni sui prodotti alimentari e nuovi analfabetismi. La costruzione di una "responsabilità del consumatore"*, in *Riv. dir. alimentare*, anno VI, n. 2, 2012.
- DI MAJO A., *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002.
- DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del consumo*, Torino, 2008.
- DONA M., *I singoli contratti del consumo*, Torino, 2008.
- DONZELLI R., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008.
- EMMERICH V., *Unlauterer Wettbewerb*, 8° ed., Bayreuth, 2009.
- FADDA R., *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 2, 2000.
- FALZONE CALVISI M.G., *Garanzie legali nella vendita: quale riforma?*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 2, 2000.
- FERRARI G.F., *Le Camere di Commercio e le innovazioni normative di cui alla L. 580/93*, Milano, 1997.
- FERRI G.B., *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 1, 2001.

- FIorentino L., *Le Camere di Commercio. Organizzazione e funzionamento*, Rimini, 1997.
- FIorentino L., *Le Camere di Commercio*, Rimini, 2004.
- FIorentino L., *Autorità garante della concorrenza e del mercato e tutela del consumatore*, in *Giornale dir. Amm.*, 2008.
- FRAGOMENI T., *Mediazione e conciliazione*, Piacenza, 2011.
- FRICANO R., *Le Camere di Commercio in Italia*, Milano, 1996.
- FRICANO R., *Le Camere di Commercio*, Rimini, 2006.
- FRITZSCHE J., *Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage*, Wien, 2000.
- GAGLIARDI A.F., *Pratiche commerciali scorrette*, Torino, 2009.
- GALGANI F., *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2010.
- GALLETTO T., *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile*, Milano, 2010.
- GALLO P., *La garanzia nella vendita di beni al consumo. Prospettive e riforma alla luce della direttiva 1999/44*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 1, 2001.
- GAROFALO L., in L.Garofalo - V.Mannino - E.Moscatti - P.M.Vecchi, *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, coordinato da L.Garofalo, Padova, 2003.
- GHIDINI G. - MINERI M.C., *Reprimere la concorrenza sleale*, in *Impresa & Stato - Rivista della Camera di Commercio di Milano*, n. 44-45, rinvenibile online all'indirizzo <http://impresa-stato.mi.camcom.it/> (in data 11 dicembre 2013).
- GIACOMINI C., *L'etichettatura made in Italy dei prodotti alimentari: uno strumento a sostegno di strategie*

- competitive per il mercato*, in *Agriregionieuropa*, n. 25, 2011.
- GLÖCKNER J., *Europäisches Lauterkeitsrecht*, München 2006.
- GLOY W., in Gloy/Loschelder, *Handbuch des Wettbewerbsrecht*, 3° ed., München, 2005.
- GRAGNANI M., *Le Specialità Tradizionali Garantite (STG) secondo il Reg. UE n. 1151/2012*, in *Alimenta ESD*, commentario tecnico-giuridico della produzione agro-alimentare, anno XXI, n.7-8, 2013.
- GRANELLI C., *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della Direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e Contratti*, n. 10, 2007.
- GRAZIUSO E., *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, 2012.
- GUERINONI E., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, n. 2, 2007.
- GUERINONI E., *Le pratiche commerciali scorrette: fattispecie e rimedi*, Milano, 2010.
- HENNING-BODEWIG F., *Das Grünbuch der EU-Kommission über die "Kommerziellen Kommunikationen"*, in *GRUR*, 1997.
- HENNING-BODEWIG F., *Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken und UWG-Reform*, in *GRUR Int.*, 2004.
- HENNING-BODEWIG F., *Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, in *GRUR Int.*, n. 54, 2005.
- HILTY R.M. – HENNING-BODEWIG F., *Law Against Unfair Competition. Towards a New Paradigm in Europe?*, Berlin – Heidelberg, 2007.

- IANNOTTA L., in L.Garofalo - V.Mannino - E.Moscati - P.M.Vecchi, *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, coordinato da L.Garofalo, Padova, 2003.
- INCARDONA R., *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Dir. com. e scambi internaz.*, n. 2, 2006.
- IURILLI C., *Le vendite piramidali nella nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali: dal business to consumer al business to business (prima parte)*, in *Studium Iuris*, n. 6, 2008 e *ib.*, (seconda parte), in *Studium Iuris*, n. 7/8, 2008.
- JESTAEDT B., *Wettbewerbsrecht, ein fallbezogenes Lehrbuch*, Köln-München, 2008.
- KEHL D., *Wettbewerbsrecht*, in *Studienreihe Recht*, vol. XI, 1990.
- KEIRSBILCK B., *The new European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford, 2011.
- KÖHLER H., in Köhler/Piper, *UWG*, München, 1995.
- LEHMLER L., *UWG - Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, Neuwied, 2007.
- LETTL T., *Wettbewerbsrecht*, München, 2009.
- LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008.
- LOMBARDI E.M., *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Milano, 2010.

- LUCKE G., *Abschlußschreiben und Schutzschrift bei Unterlassungsverfügungen*, in *Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtstag: vestigia iuris*, Tübingen, 1993.
- LUMINOSO A., *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44 CE e per la revisione della garanzia per i vizi nella vendita*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 1, 2001.
- LUMINOSO A., *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, a cura di M.Bin e A.Luminoso, in *Tratt. dir. comm. Galgano*, Padova, vol. XXXI, 2003.
- MANCALEONI A.M., *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità*, in *Dir. Turismo*, n. 4, 2007.
- MANCALEONI A.M., *Commento all'art. 2 cod. cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, I ed., Padova, 2010.
- MANNINO V., *Questioni di diritto*, Milano, 2007.
- MASSAGUER FUENTES J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid, 2006.
- MASSAGUER FUENTES J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 13, 2006.
- MAYR C.M., *Commento all'art. 2601 cod. civ.*, in *Commentario Breve al Codice civile*, a cura di G.Cian, Padova, 2007.
- MENICHINO C., in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di A.Castagnola e F.Delfini, Milano, 2010.

- MICKLITZ H.W., *Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie*, in *EuZw*, 1999.
- MINERVINI E., *Le Camere di commercio e la conciliazione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001.
- MINERVINI E., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E.Minervini e L.Rossi Carleo, Milano, 2007.
- NORDEMANN A., *Wettbewerbsrecht - Markenrecht*, 11° ed., Baden-Baden, 2012.
- OPPERMANN B.H., *Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozess*, Tübingen, 1993.
- OTTOFÜLLING A., *Lauterkeitsrecht*, in *Münchener Kommentar*, II, München, 2006.
- PALMIERI A.M., *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, 2000.
- PARDOLESI P., *La direttiva sulle garanzie nella vendita: ovvero di buone intenzioni e risultati opachi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001.
- PATTI S. (a cura di), *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, Milano, 2004.
- PINNA A., *I termini nella disciplina delle garanzie e la direttiva 1999/44/CE sulla vendita dei beni di consumo*, in *Contr. impr. Eur.*, n. 2, 2000.
- PISCIOTTA G., *Scambio di beni di consumo e modelli codicistici di protezione dell'acquirente*, Napoli, 2003.
- ROSSI A., voce *Conciliazione*, I) *Dir. proc. civ.*, in *Enc. giur.*, VII, 1988.

- RUBINO V., *Indicazioni geografiche indirette e denominazioni di origine dei prodotti alimentari nella sentenza BUD II*, in *Dir. com. e scambi internaz.*, n. 2, 2010.
- RUSCELLO F., *Le garanzie post-vendita nella direttiva 1999/44/CE*, in *Annuario di diritto tedesco*, a cura di S.Patti, Milano, 2001.
- SANTORO PASSARELLI F., *La transazione*, II ed., Napoli, 1986.
- SCHMIDT-KESSEL M. – SCHUBMEHL S., *Lauterkeitsrecht in Europa. Eine Sammlung von Länderberichten zum Recht gegen unlauteren Wettbewerb*, München, 2011.
- SCHMITZ-FOHRMANN V. – SCHWAB F. in Götting/Nordemann, *UWG - Handkommentar*, Baden-Baden, 2010.
- SCHRICKER G. - HENNING-BODEWIG F., *Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union*, in *WRP*, 2001.
- SCHWIPPERT E., in Gloy/Loschelder/Erdmann, *Handbuch des Wettbewerbsrecht*, 4° ed., München, 2010.
- SCORZA G., *I contratti del consumatore nel nuovo codice del consumo*, Padova, 2007.
- SELLITTO A. – TRIFIRÒ A., *Informazioni sugli alimenti ai consumatori. Il nuovo regolamento*, in *Industria Conserve*, anno LXXXVI, n. 1, 2012.
- SICCHIERO G., *Le vendite speciali*, Padova, 2009.
- SIROTTI GAUDENZI A., *La pubblicità ingannevole: la tutela del concorrente e dell'utente nelle recenti modifiche normative*, in *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, a cura di A.Sirotti Gaudenzi, vol. II, Torino, 2010.

- SPÄTGENS K., *Der Wettbewerbsprozeß. Ein Praxishandbuch*, a cura di H-J.Ahrens, 6° ed., Köln-München, 2009.
- SPECKMANN G., *Wettbewerbsrecht*, 3° ed., Köln, 2000.
- STANZIONE P. – TROISI B., *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011.
- TEATINI M.E., *Il nuovo ordinamento delle Camere di Commercio*, Padova, 1996.
- TEPLITZKY O., *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren*, 8° ed., Köln, 2002.
- TEPLITZKY O., *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren*, 10° ed., Köln, 2010.
- UBERTAZZI L.C., *Concorrenza sleale e pubblicità*, in P.G.Marchetti - L.C.Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di L.C.Ubertazzi, IV ed., Padova, 2008.
- VACCÀ C., *La mediazione delle controversie*, I ed., Milano, 2010.
- VECCHI P.M., in L.Garofalo - V.Mannino - E.Moscatti - P.M.Vecchi, *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, coordinato da L.Garofalo, Padova, 2003.
- VENTURA S., *Osservazioni in margine delle sentenze del Tribunale di Oviedo, del Tribunale regionale di Colonia e della Corte d'Appello di Berlino relative alla protezione della DOP «Parmigiano-Reggiano»*, in *Dir. com. e scambi internaz.*, n. 3, 2010.
- VIGORITI L.G., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E.Minervini e L.Rossi Carleo, Milano, 2007.

- VIGORITI L.G., *Verso l'attuazione della Direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Eur. dir. priv.*, n. 2, 2007.
- VULLO E., *Commento all'art. 37 cod. cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, I ed., Padova, 2010.
- ZACCARIA A., *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva n. 1999/44/CE «su taluni aspetti della della vendita e delle garanzie dei beni di consumo»*, in *Studium Iuris*, 2000.
- ZACCARIA A., *Commento agli artt. 1965-1991 cod. civ.*, in *Commentario breve al Codice Civile*, a cura di G.Cian, in *Breviaria Iuris*, VIII ed., Padova, 2007.
- ZACCARIA A. - DE CRISTOFARO G., *La vendita dei beni di consumo. Commento agli artt. 1519 bis – 1519 nonies del Codice Civile*, Padova, 2002.
- ZACCARIA A. - DE CRISTOFARO G., *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, in *Breviaria Iuris*, I ed., Padova, 2010.
- ZACCARIA A. - DE CRISTOFARO G., *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, in *Breviaria Iuris*, II ed., Padova, 2013.